TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS

HISTORISCHE UND DOGMATISCHE UNTERSUCHUNGEN ZUR ABGRENZUNG BEIDER RECHTSINSTITUTE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Inge Rudolf geb. Schmidt

aus Geislingen/Steige

1966

1965

8630

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
LEIDEN

TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS

HISTORISCHE UND DOGMATISCHE UNTERSUCHUNGEN ZUR ABGRENZUNG BEIDER RECHTSINSTITUTE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Inge Rudolf geb. Schmidt

aus Geislingen/Steige

1966

G. Bauknecht, Dissertations-Druckerei, 8 München 8, Zeppelinstr. 79, Tel. 458195

Dekan:	Professor Dr. Martin HECKEL
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Fritz BAUR
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Robert SCHEYHING

Tag der mündlichen Prüfung: 14.12.1965

MEINEN ELTERN

INHALT

Seite

Inhaltsverzeichnis V

Abkürzungsverzeichnis IX

Literaturverzeichnis XI

I. DIE RECHTSINSTITUTE TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS 1

1. Die Teilungsanordnung 2
2. Das Vorausvermächtnis 3
3. Schwierigkeiten bei der Unterscheidung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis 6
4. Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis in anderen Rechtsordnungen 6

II. DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER §§ 2048, 2150 10

1. § 2048 10
2. § 2150 12
3. Verhältnis von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis in den Beratungen des Gesetzgebers 16

III. DIE ENTWICKLUNG DER TEILUNGSANORDNUNG UND DES VORAUSVERMÄCHTNISSES VOR ERLASS DES BGB 18

1. Die Teilungsanordnung 18

a) Gemeines Recht 18
b) Partikularrechte 23
c) Deutsches Recht 25
d) Römisches Recht 26

2. Das Vorausvermächtnis 27

a) Gemeines Recht 27
b) Partikularrechte 32
c) Deutsches Recht 33
d) Römisches Recht 33

3. Ergebnis der historischen Untersuchung 36

IV. DIE TEILUNGSANORDNUNG BZW. DAS VORAUSVERMÄCHTNIS ALS SAMMELBEGRIFF MEHRERER VORAUSVERMÄCHTNISSE BZW. TEILUNGSANORDNUNGEN 37

1. Die Teilungsanordnung als Zusammenfassung mehrerer Vorausvermächtnisse (WERTHEIM) 37
2. Das Vorausvermächtnis als Zusammenfassung mehrerer Teilungsanordnungen (KOHLER) 41

V. DIE TEILUNGSANORDNUNG UND DAS VORAUSVERMÄCHTNIS IM GELTENDEN RECHT 46

1. Formerfordernisse für die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis 46
2. Umfang und Gegenstand der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses 47

a) Verhältnis zum Erbteil 47
b) Fremde Sachen als Gegenstand der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses 48
c) Konkretisierung der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses durch einen Dritten 49

3. Anspruch aus der Teilungsanordnung und dem Vorausvermächtnis 49

a) Anspruch aus der Teilungsanordnung 49
b) Anspruch aus dem Vorausvermächtnis 51
c) Vergleich der beiden Ansprüche 53

4. Bindungswirkung der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses 54

a) Bindung des Erblassers 54
b) Bindung des Erben 55

5. Auswirkung der Ersetzung des Erben durch einen Dritten auf die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis 55

a) Auswirkungen einer Vorerbschaft 56
b) Auswirkungen eines Erbschaftskaufs 56
c) Auswirkungen einer Ersatzerbschaft 57

6. Auswirkungen der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses auf das Pflichtteilsrecht 57

7. Wirkung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis gegenüber Gläubigern und Testamentsvollstreckern sowie auf Ausgleichspflichten 59

a) Wirkung auf Nachlaßgläubiger 59
b) Wirkung auf Testamentsvollstrecker 59
c) Verhältnis zu einer Ausgleichungspflicht 60

8. Aufnahme von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis in den Erbschein 60
9. Rechts- und Sachmängelhaftung für Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis 62
10. Zusammenfassung und Schlußfolgerung 64

VI. DIE ABGRENZUNG VON TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS IN RECHTSPRECHUNG UND SCHRIFTTUM 65

1. Die Rechtsprechung 65

a) Rechtsprechung 1900 - 1920 (Kriterium der Anrechnung) 65
b) Rechtsprechung 1920 - 1942 (Abgrenzung am Preis-Wert-Verhältnis) 67
c) Rechtsprechung des OGHBrZ (Kriterium der Anrechung) 68
d) Abgrenzungsmerkmal der Erbeneigenschaften (OLG Hamburg) 68
e) Kriterium des Begünstigungswillen (BGH) 69
f) Zusammenfassung 70

2. Das Schrifttum 71

VII. ZUR ABGRENZUNG VON TEILUNGSANORDUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS 75

1. Die drei Fallgruppen 75
2. Übernahmerechte mit notwendiger gestaltungsrechtlicher Erklärung des Bedachten 78

a) Kriterium des Forderungsrechts 79
b) Kriterium der Erbenstellung 80
c) Kriterium der Anrechnung 82

d) Kriterium des objektiven Vermögensvorteils 82
e) Kriterium des Begünstigungswillens 84
f) Prüfung des Ergebnisses an § 2049 87

3. Übernahmepflichten 88

a) Kriterium des Forderungsrechts 89
b) Kriterium der Erbenstellung 90
c) Kriterium der Anrechnung 90
d) Kriterium des Vermögensvorteils 90
e) Kriterium des Begünstigungswillens 91
f) Anspruch des Übernahmepflichtigen 92

4. Zuwendungen ohne Gegenleistung 92

a) Kriterium des Forderungsrechts 93
b) Kriterium der Erbenstellung 93
c) Kriterium der Anrechnung 93
d) Kriterium des Erblasserwillens 94
e) Verhältnis von Anrechnung und Begünstigungsabsicht 94

5. Zusammenfassung 95

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, gültig ab 1.6.1794
Anm.	Anmerkung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
cons.	consilium
DGem und WirtschaftsR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
div. p. i. l.	divisio parentum inter liberos
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vom 18.8.1896
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
iudicium fam. erc.	iudicium familiae erciscundae
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung

KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von LINDENMAIER, MÖHRING u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MecklZ	Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nov.	novelle
OAG	Oberappellationsgericht
OG	Obergericht
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	1. Oberlandesgericht 2. Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
OTr	Obertribunal
RE	Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgegeben von REHBEIN
Recht	Das Recht
Rehbein	Siehe: RE
RFH	1. Reichsfinanzhof 2. Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RNotO	Reichsnotariatsordnung von 1512
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjet-Republik
SächsA	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SC	senatus consultum

SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Soergel	Rechtsprechung zum BGB, EGzBGB, CPO, KO, GBO und RFG, bearbeitet von Soergel
SZ (rom.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
SZ (germ.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjet-Republiken
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZS	Zivilsenat

LITERATURVERZEICHNIS

ARNDTS RITTER VON ARNESBERG	Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Stuttgart 1874
	siehe: GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten
AWJERINO	siehe: FERID-FIRSCHING, Internationales Erbrecht
BACHOFEN, Johann Jakob	Das Römische Pfandrecht, 1. Bd., Basel 1847
BACKS	Testamentarische Beschränkungen des Erben im Erbschein, DFG 1940, 49 - 51
BARON, Julius	Pandekten, 8. Aufl., Leipzig 1893
BARTHOLOMEYCZIK, Horst	Erbrecht. Ein Studienbuch, 6. Aufl., München und Berlin 1964
	siehe: ERMAN, Handkommentar zum BGB
BECK, Emil	Grenzen der Teilungsanordnung, DNotZ 1961, S. 565 - 575
BEHAGEL, W.	Das Badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon mit besonderer Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis dargestellt, 1. Bd., 2. Aufl., Karlsruhe 1875
BERNSTEIN, K.	Zur Lehre vom römischen Voraus (Legatum per praeceptionem), SZ (rom.) 15, 26 - 144
BEROLZHEIMER, Richard	Zuteilung eines nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes durch erblasserische Teilungsanordnung (§ 2048 BGB), AcP 117, 404 - 413
	Wann bildet die Teilungsanordnung eine Beschränkung im Sinne des § 2306 BGB?, LZ 1919, S. 358 - 361
BESELER, Richard	Miszellen. Et (atque) ideo et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque, SZ (rom.) 45, 456 - 488
	Zur Lehre vom Praelegat, SZ (rom.) 49, 155 - 157

BILINSKY	siehe: FERID-FIRSCHING, Internationales Erbrecht
BOEHMER, Gustav	Anmerkung (zu OGHBrZ vom 22.9.1948), MDR 1949, S. 287 - 289
BRINZ, Alois	Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd., Erlangen 1886
BUCHHOLZ, Alexander, August von	Die Lehre von den Praelegaten, Jena 1850
BÜHLER, Jörg	Das Verschaffungsvermächtnis, Inhalt und Durchsetzung, DNotZ 1964, 581 - 601
COING, Helmut	Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, JZ 1962, 529 - 534
Collectionis novae consiliorum judicorum Tubingensium, Volumen I, Tübingen, Frankfurt, Gießen 1730	
CROME, Carl	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Tübingen 1912
CONRAD, Hermann	Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch. 2. Aufl., Karlsruhe 1962
DABELOW, Christoph, Christian	System des Gesammten heutigen Civil-Rechts, 2. Theil, 2. Aufl., Halle 1796
DERNBURG, Heinrich	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Berlin 1875/1878
	Pandekten, 3. Bd., 7. Aufl., Berlin 1902/1903
	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 5. Bd., 3. Aufl., Halle 1911
DIETZ, Rolf	Erbrecht. Ein Grundriß. Bonn 1949
DITTMANN	siehe: J. von STAUDINGER's Kommentar
EBBECKE	Verfügungen von Todes wegen, Recht 1916, Spalte 233 - 238, 338 - 340
	siehe: PLANCK's Kommentar
EHARD-EDER	siehe: SOERGEL-SIEBERT, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz und Nebengesetzen

EHRENZWEIG, Armin	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd., 2. H., 2. Aufl., Wien 1937
EMMERICH, Paul	Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, JuS 1962, 269 - 273
ENDEMANN, Friedrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 1. H., 8./9. Aufl., Berlin 1919
	Anmerkung zu RG 108, 83, JW 1924, 1970 f.
ENGEL, Martin	Das Vorausvermächtnis, Diss. Greifswald, 1911
Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, Berlin 1879	
ERMAN, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., bearbeitet von BARTHOLOMEYCZIK u. a., Münster 1962
Ferid, Murad und FIRSCHING, Karl	Internationales Erbrecht, München, Berlin 1955 ff.
FERID, Murad	siehe: J. von STAUDINGER's Kommentar
FIRSCHING, Karl	siehe: J. von STAUDINGER's Kommentar
FLAD	Wann und wie erwirbt der Nacherbe ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis (BGB § 2110 II)?, DGem und WirtschaftsR 1937, 233 - 237
FLAD	siehe: PLANCK's Kommentar
FÖRSTER, Franz ECCIUS, M. E.	Preußisches Privatrecht, 4. Bd., 7. Aufl., Berlin 1897
GAILL, Andreas	Practicarum observationem tam ad processum judiciarum praesertim imperialis camerae quam causarum decisiones pertinentium, Coloniae Agrippinae 1697
GLÜCK, Christian, Friedr.	Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, fortgesetzt von ARNDTS, MÜHLENBRUCH u. a., Erlangen 1797 - 1889
GMÜR, Max	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, erläutert von TUOR, 2. Aufl., Bern 1952
GÖSCHEN, Johann, Friedrich, Ludwig	Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Aus dem Nachlaß herausgegeben von A. ERXLEBEN. 3. Bd., 2. Aufl., Göttingen 1843

GREIFF	siehe: PLANCK's Kommentar
GRUNSKY, Wolfgang	Zur Abgrenzung der Teilungsanordnung gegenüber dem Vorausvermächtnis, JZ 1963, 250 - 252
GÜLKE	siehe: FERID-FIRSCHING, Internationales Erbrecht
HAEGELE, K.	Wirksamkeit und Auslegung der durch Verfügung von Todes wegen eingeräumten Befugnis zur Übernahme eines Hofes im Erbhofrecht, DFG 1936, 95 - 101
HAIDLEN, O. und MAYER, K.	Das Nachlaßgericht nach Reichsrecht und württembergischen Sonderrecht. Bearbeitet von MAYER, NESTLE, 2. Aufl. Stuttgart 1934
HENSE	siehe: ERMAN, Handkommentar zum BGB
HERZFELDER	siehe: J. von STAUDINGER's Kommentar, 3./4. Aufl.

Des Herzogtumbs Württemberg erneuert Gemein Landrecht, Stuttgart 1814

HÖLDER, Eduard	Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, Erlangen 1881
HÖPFNER, Ludwig, Julius, Friedrich	Theoretisch praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen; herausgegeben von Adolf Dietrich WEBER, 8. Aufl., Frankfurt, 1818
HOLZSCHUHER, Freiherr Rudolf, von	Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Bd., 1. Abt., Leipzig 1843/1847
HÜBNER, Rudolf	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930
JOHANNSEN	siehe: RGRK
KASER, Max	Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts, SZ (rom.) 67, 320 ff.
	Das Römische Privatrecht, München 1959
KEIDEL	siehe: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch
KELLER, Friedrich, Ludwig von	Pandekten. Vorlesung. Leipzig 1861

KIPP, Theodor.	Erbrecht. Ein Lehrbuch. 8. Aufl., Tübingen 1930
KIPP, Theodor und COING, Helmut	Erbrecht. Ein Lehrbuch. 11. Aufl., Tübingen 1960
KLANG, Heinrich	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von GSCHNITZER, KLANG, WEISS, u. a., 3. Bd., 2. Aufl., Wien 1952
KOBER	siehe: J. von STAUDINGER's Kommentar, 10. Aufl,
KOCH, C. F.	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Berlin 1852/1854
KOEPPEN, Albert	Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895
KOHLER, Josef	Parteiwille und Rechtssatz im Testament, AcP 90, 119 ff.
	Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, 309 ff.
KOHLER	Anmerkung zur Nr. 10 (OLG Stuttgart vom 3.11. 1948), NJW 1949, 348 ff.
KREGEL	siehe: RGRK
KREITTMAYR AUF OFFENSTETTEN, M. Xaver Freiherr von	Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem, neue unveränderte Aufl., München 1821
KRESS, Hugo	Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903
KRETSCHMAR, Gustav	Die Natur des Prälegats nach römischem Recht, Habilitationsschrift, Leipzig 1874
KRETZSCHMAR, Ferdinand	Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1910
	Das Vorausvermächtnis, Sächs. Archiv f. Rechtspflege vereinigt mit den Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts 1922, 2 - 9.
KÜBLER, Bernhard	Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur, SZ (rom.) 28, 174 - 210

KUETGENS, W.	Das Vorausvermächtnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Jena 1913
KUNTZE, Johannes, Emil	Cursus des römischen Rechts, Leipzig 1869
LANGE, Heinrich	Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962
LEHMANN	siehe: J. von STAUDINGER's Kommentar
LÜBTOW, Ulrich von	Zur Lehre vom Praelegat, SZ (rom.) 68, 511 - 525
MARCUSE, Erich	Die Zuwendung eines Nachlaßgrundstückes unter Festsetzung eines Übernahmepreises durch Vorausvermächtnis und durch Teilungsanordnung, Diss. Würzburg 1919
MATTERN, Friedrich	Anmerkung zu LM § 1967 Nr. 1
	Anmerkung zu LM § 2048 Nr. 4
	Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 450 - 464
MATTHIAE, C.	Controversen-Lexikon des römischen Civilrechts, 2. Teil, Leipzig 1859
MEISCHEIDER, Emil	Die letztwilligen Verfügungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Leipzig 1899
MODEL, Otto	Testamentsrecht in bürgerlichrechtlicher und steuerlicher Sicht, München, Berlin 1962
MOMMSEN, Friedrich	Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, Braunschweig 1876
MUGDAN, B.	Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Berlin 1899, zitiert: MUGDAN
MÜHLENBRUCH	siehe GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten
NATHAN	Schließt eine letztwillig getroffene Teilungsanordnung die Annahme eines Vorausvermächtnisses rechtsgrundsätzlich aus?, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg, 1929, 21. Jhg., S. 33 ff.

NATTER, Edmund	Teilungsanordnung und Vermächtnis, JZ 1959, S. 151 - 153
NEUMANN, Hugo	Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich unter Berücksichtigung der sonstigen Reichsgesetze und der Gesetzgebungen aller Bundesstaaten insbesondere Preußens für Studium und Praxis, 4. Aufl., Berlin 1905
PALANDT, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch mit Gleichberechtigungsgesetz, Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Abzahlungsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Jugenwohlfahrtsgesetz, Außenwirtschaftsgesetz, Stationierungsschädenregelung. Bearbeitet von Bernhard DANKELMANN, u. a., 25. Aufl., München, Berlin 1966, zitiert: PALANDT
PFORDTEN, Ludwig von der	De praelegatis, Erlangen 1832
PLANCK's Kommentar zum	Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5. Bd., 4. Aufl., bearbeitet von FLAD u. a., Berlin und Leipzig 1930, zitiert: PLANCK
PUCHTA, Georg, Friedr.	Pandekten, 11. Aufl., nach dem Tode besorgt von Adolf Friedrich RUDORFF, Leipzig 1872
RABEL, Ernst	Grundzüge des Römischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1955
RAISER, Ludwig	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, Summum ius summa iniuria, S. 145 - 167, Tübingen 1963
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Kommentar, herausgegegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. 5, 6, bearbeitet von KREGEL, JOHANNSEN, 11. Aufl., Berlin 1960/61, zitiert: RGRK
REYSCHER, A. L.	Das gesamte württembergische Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1847
RIEDERER von PAAR, Freiherr	Anmerkung zu RFH, Urteil vom 10.7.1928, JW 1928, 3071

ROSENBAUER, Hermann	Das Vorausvermächtnis, Diss. Erlangen, Nürnberg 1926
ROTH, Paul	Bayerisches Civilrecht, 4. Teil, Tübingen 1875
RUEF, Max	Code Napoléon. Badisches Landrecht mit Anmerkungen, 2. Aufl., Freiburg 1872
SCHLEGELBERGER, Franz und VOGELS, Werner	Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1939
SCHÖNFELD, Walther	Die Vollstreckung der Verfügungen von Todes wegen im Mittelalter nach sächsischen Quellen, SZ (germ.) 42, 240 ff.
SCHULZE-WENCK	siehe: ERMAN, Handkommentar zum BGB
SCHÜTZE, Th. R.	Exegetische Studien aus dem Civilrecht. I. Zur Lehre der sogenannten Transmission der Praelegate, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, III, 1859, S. 418 ff.
SCHWERIN, Claudius Freiherr von	Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin, Leipzig 1928
SEIDL, Erwin	Römisches Privatrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
SEUFFERT, Johann, Adam	Praktisches Pandektenrecht, 3. Bd., 4. Aufl., Würzburg 1872
SEYBOLD	siehe: J. von STAUDINGER's Kommentar
SIMÉON, Paul und DAVID, Albrecht	Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, 14./15. Aufl., Berlin 1927/1928/1929
SINTENIS, Karl, Friedrich Ferdinand	Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl., Leipzig 1869
SOERGEL, Hs. Th.	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 6. Aufl., Stuttgart, Leipzig, Berlin 1937
	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, herausgegeben von W. SIEBERT, 5. Bd., bearbeitet von BAUR u. a., 9. Aufl., Stuttgart 1961, zitiert: SOERGEL

J. von STAUDINGER's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 3./4. Aufl., bearbeitet von HERZFELDER u. a., München 1909; 10. Aufl., bearbeitet von KOBER	
J. von STAUDINGER's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erbrecht, 10./11. Aufl., bearbeitet von BOEHMER, u. a., Berlin 1954/1960, zitiert: STAUDINGER	
STEDLER, Julius	Die Teilungsanordnung, Diss. Greifswald, 1912
STEIN, A. H. und KÜBEL, F. von	Handbuch des württembergischen Erbrechts, 6. Aufl., bearbeitet von C. von HÖHL, Stuttgart 1892
STENGER, Erika	Die Teilungsanordnung des Erblassers nach geltendem Recht unter Berücksichtigung des früheren Rechts, Leipzig 1913
STROHAL, Emil	Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin 1903/1904
SUAREZ	Schlußrevision, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, 1852, S. 17, Nr. 6
THIBAUT, Anton, Friedrich, Justus	System des Pandektenrechts, 8. Aufl., Stuttgart 1834
TUHR, Andreas von	Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Leipzig 1910
TUOR, Peter	siehe: GMÜR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
UNGER, Joseph	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Leipzig 1864
VANGEROW, Karl, Adolph von	Von dem Anwachsungsrecht bei Praelegaten, AcP 35, 260 - 322
	Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Marburg, Leipzig 1863/67/69
VERING, Friedrich, H.	Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung, Heidelberg 1861

VOET, Johannes	Commentarius ad Pandectas, tom. sec., Halae 1776/80
WÄCHTER, Oskar von	PANDEKTEN, Leipzig 1880/81
WARNEYER, Otto	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Tübingen 1932
WEISHAAR, Jakob, Friedrich von	Handbuch des Württembergischen Privatrechts, 3. Aufl., Stuttgart, Tübingen 1833
WEISS	siehe: KLANG, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch
WENDT, Otto	Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888
WENING-INGENHEIM, I. N. von	Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., München 1827/28
WERTHEIM, Hedwig	Die rechtliche Natur einer letztwilligen Teilungsanordnung, Diss. Hamburg 1925
WINDSCHEID, Bernhard und KIPP, Theodor	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Th. KIPP, Frankfurt 1906
WINTER, Hans	Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, Diss. Köln 1957
WOLFF, Martin	Der nicht begehrte Pflichtteil, Gruchot 1924, S. 261 - 269

I. DIE RECHTSINSTITUTE TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS

Ein Erblasser, dessen Vermögen aus drei völlig gleichwertigen Häusern, einem Wiesengrundstück und einigen Aktien besteht, hat in seinem Testament verfügt: "Als Erben setze ich A, B und C ein. A erhält das 1. Haus, B das 2. Haus und C das 3. Haus. Das Wiesengrundstück soll durch den Makler X verkauft und der Erlös zu gleichen Teilen unter den Erben geteilt werden. Zusätzlich bekommt C die Aktien."

In dieser Verfügung hat der Erblasser mehrere Teilungsanordnungen getroffen (nämlich die Bestimmungen, daß jeder Erbe ein Haus erhält, ferner daß das Grundstück durch X verkauft und sein Erlös geteilt werden soll) und ein Vorausvermächtnis errichtet (die Zuwendung der Aktien an C). Damit hat der Erblasser selbst seinen Nachlaß unter die Erben aufgeteilt. Gemäß § 2048 [1] ist er dazu berechtigt. Wenn das BGB in den §§ 2042 i. V. mit § 749 Abs. 2 und 3, 750 - 758, 2046 Abs. 1 und 2047 Bestimmungen für die Auseinandersetzung eines Nachlasses bereit hält, dann nur "subsidiär" für den Fall, daß der Erblasser keine gültigen Anordnungen hinterlassen hat. Aus § 2048 Satz 1 folgt nämlich, daß die gesetzliche Regelung der Auseinandersetzung nicht zwingender, sondern dispositiver Natur ist. Der Testator kann somit seine Vorstellungen von der Teilung seines Nachlasses an die Stelle der gesetzlichen Regelung setzen. Aus § 2150 ergibt sich, daß die Zuwendung eines Vermächtnisses an einen Erben zulässig ist. Mit diesen beiden Rechtsinstituten, der Teilungsanordnung und dem Vorausvermächtnis, hat der Erblasser die Möglichkeit, durch die Zuwendung von Ansprüchen auf bestimmte Sachen den ganzen Nachlaß nach seinen Intentionen unter den Erben zu verteilen, obwohl das BGB eine Regelung für die Erbeinsetzung auf bestimmte Gegenstände nicht enthält.

---

1) §§, die ohne Angabe des Gesetzes zitiert werden, sind solche des BGB.

1. TEILUNGSANORDNUNG

Die Teilungsanordnung [2] ist eine vom Erblasser in einer letztwilligen Verfügung [3] getroffene Anordnung, die sich entweder auf die Art der Auseinandersetzung oder die Verwaltung des Nachlasses bezieht [4] oder die unter Auffüllung der auf den einzelnen Miterben enfallenden Zuteilungsquote die Verteilung des Nachlasses regelt. [5]

Das BGB trägt in mehreren ausdrücklichen Beispielen solcher vom Erblasser getroffenen Anordnungen Rechnung. So stellt § 2044 Abs. 1 klar, daß der Erblasser die Auflösung der Erbengemeinschaft für einen gewissen Zeitraum ausschließen kann. [6] § 2048 S. 2 gibt ihm die Möglichkeit, die Auseinanderset-

---

2) Nach BARTHOLOMEYCZIK in ERMAN, § 2048 Bem. 1 und LANGE, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, § 46, III, 4a, S. 585, solle man besser von Auseinandersetzungsanordnungen sprechen, da diese Bezeichnung umfassender sei. Das Wort Teilungsanordnung hat sich jedoch so eingebürgert, daß es beibehalten werden sollte, auch wenn es vom Wortlaut des § 2048 abweicht. Zudem kennt das BGB in den §§ 2306 und 2376 die Bezeichnung Teilungsanordnung.

3) Diese letztwillige Verfügung muß formgültig errichtet sein. Eine mündliche Verfügung reicht nicht aus. Dies gilt auch für die Teilung der Eltern unter ihren Kindern. Vgl. LEHMANN in STAUDINGER § 2048 Bem. 2, BayObLG, Recht 1918, Nr. 875.

4) Vgl. NATTER, Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, JZ 1959, S. 151.

5) Vgl. LANGE, a.a.O., § 46, III, 4c, S. 585.
Nach KOHLER's von seiner Vorstellung von den Gemeinschaften mit Zwangsteilung geprägten Definition ist die Teilungsanordnung eine Bestimmung, die bewirkt, daß, sobald sich nach dem Tode des Erblassers eine Gemeinschaft der Miterben bildet, dieses eine Gemeinschaft mit Zwangsteilung sein soll, deren Teilung nach den Anordnungen des Erblassers zu geschehen hat, so daß jeder der Genossen Teilung in diesem Sinne begehren kann. KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91 (1901), S. 311.

6) Vgl. KOHLER, a.a.O., AcP 91, S. 334, KRESS, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1903, § 202, e, S. 231, STENGER, Die Teilungsanordnung des Erblassers nach geltendem Recht unter Berücksichtigung des früheren Rechts, 1913, S. 24 ff., EBBECKE in PLANCK, § 2044 Bem. 3, wohl auch KIPP - COING, Erbrecht, 11. Auflage, 1960, § 116, IV, 3a, S. 490, KG, JW 1936, S. 3484; a.A. LEHMANN in STAUDINGER, § 2044 Bem. 5, KREGEL in BGB-RGRK, § 2044 Bem. 1, 2, 3,

zung dem billigen Ermessen eines Dritten zu übertragen. [7] Nach der herrschenden Meinung soll aus § 2049 folgen, [8] daß das Übernahmerecht eines Landgutes eine Teilungsanordnung darstellt. Als die umfassendste Anordnung im Sinne des § 2048 ist die Ernennung eines Testamentsvollstreckers bezeichnet worden. [9] Auch wenn das BGB dies nicht ausdrücklich hervorhebt, können Inhalt einer Teilungsanordnung ferner sein Richtlinien für die Erbauseinandersetzung oder Bestimmungen über die Anrechnung einer Zuwendung, [10] über die Tilgung oder Übernahme von Schulden [11] und Regelungen darüber, welchem der Erben im Innenverhältnis die Nachlaßverbindlichkeiten zur Last fallen sollen. [12] Auch die Anordnung des Verkaufs einzelner Nachlaßgegenstände und der Verteilung ihres Erlöses, [13] die Beschränkung eines der Miterben auf einen Geldanspruch, [14] die Erschwerung der Auseinandersetzung [15] und die Zuteilung bestimmter Nachlaßsachen an die einzelnen Erben werden als Teilungsanordnungen betrachtet.

2. DAS VORAUSVERMÄCHTNIS

Das Vorausvermächtnis ist nach § 2150 das einem Erben zugewendete Ver-

---

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 2:
BARTHOLOMEYCZIK in ERMAN, § 2044 Bem. 2a, die das Teilungsverbot als Vermächtnis oder Auflage betrachten.

7) Vgl. statt aller dazu STENGER, a.a.O., S. 30 f. Die Bestellung eines Schiedsgerichtes soll nicht unter § 2048 S. 2, wohl aber unter § 2048 S. 1 fallen, vgl. STENGER, a.a.O., S. 28, WINTER, Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, 1957, S. 12.

8) STEDLER, Die Teilungsanordnung, 1912, § 11, S. 48, MARCUSE, Die Zuwendung eines Nachlaßgrundstückes unter Festsetzung eines Übernahmepreises durch Vorausvermächtnis oder Teilungsanordnung, 1919, S. 2, 6.

9) NATTER, a.a.O., JZ 1959, S. 153. HERZFELDER in STAUDINGER, 3./4. Auflage, 1909, § 20 48 Bem. 1 spricht hier nur von einer indirekten Teilungsanordnung.

10) LEHMANN in STAUDINGER, § 2048 Bem. 9

11) HAIDLEN - MAYER, Das Nachlaßgericht nach Reichsrecht und württembergischen Sonderrecht, 2. Auflage, 1934, § 78, V.

12) RG, DNotZ 37, S. 447, Nr. 14; OLG Dresden, OLG 24, S. 83.

13) STENGER, a.a.O., S. 23.

14) RG, SeuffArch. 77, Nr. 149.

15) RGZ 110, 273.

mächtnis. Letzteres ist nach der Legaldefinition in § 1939 die Zuwendung eines Vermögensvorteils, die keine Erbeinsetzung ist. Unter einem Vorausvermächtnis ist demnach der einem Erben zugewendete Vermögensvorteil zu verstehen, ohne daß insoweit eine Erbeinsetzung erfolgt wäre. Durch die Verbindung der Definition des § 1939 mit § 2150 entsteht kein Widerspruch.[16] § 1939 setzt nämlich nicht voraus, daß die Zuwendung an einen Nichterben erfolgt, sondern verlangt nur, daß der Bedachte sie nicht als Erbe erhält, d. h. unabhängig von seiner Erbenstellung. § 2150 ist insoweit nur eine gesetzliche Erläuterung zu § 1939, die man zur Vermeidung der im Gemeinen Recht herrschenden Streitfragen für zweckmäßig hielt.

Die herrschende Lehre[17] unterscheidet zwischen echtem und unechtem Vorausvermächtnis. Im ersten Fall soll der ganze Nachlaß mit dem Vorausvermächtnis beschwert sein, im zweiten Fall nur einzelne Miterben zugunsten eines anderen Miterben. Das Vermächtnis einer Geldsumme an den Erben A soll also dann ein echtes Vorausvermächtnis sein, wenn die Erben A, B, C und D damit beschwert sind, während es ein unechtes Vorausvermächtnis darstellen soll, wenn es nur den Erben B, C und D und nicht auch dem A auferlegt ist.

Das unechte Vorausvermächtnis wird als ein normales Vermächtnis ohne die Besonderheiten des Vorausvermächtnisses angesehen, da der Vorausvermächtnisnehmer nicht zugleich Gläubiger und Schuldner dieses Vorausvermächtnisses sei. Sein Anspruch richte sich nicht gegen alle, sondern nur gegen die beschwerten Erben, zu denen er selbst aber nicht gehöre. Gegen diese Auffassung erheben sich jedoch Bedenken, denn gleichgültig, ob der Bedachte das Vorausvermächtnis bei der Auseinandersetzung oder schon vorher erhält - was er gemäß § 2059 Abs. 2 verlangen kann[18] - immer ist dazu seine eigene Verfügung notwendig. Dies ergibt sich daraus, daß die Übertragung des Zugewendeten in das Alleineigentum des Vorausvermächtnisnehmers eine Verfügung über den Nachlaßgegenstand darstellt, die gemäß § 2040 Abs. 1 nur alle Miterben gemeinsam vornehmen können. Der Bedachte muß somit der Übertragung an sich in jedem Falle zustimmen. Wenn er dabei nicht formell als Veräußerer auftreten muß, so folgt dies

---

16) A. A. WINTER, a.a.O., S. 17

17) WINTER, a.a.O., S. 13; KREGEL in BGB-RGRK, § 2150 Bem. 8; HENSE in ERMAN, § 2150 Bem. 1c; LANGE, a.a.O., § 27, 1d, Anm. 7, S. 271; KEIDEL in PALANDT, § 2150 Bem. 1.

18) Die Vorwegbefriedigung ist zulässig, vgl. LEHMANN in STAUDINGER, § 2046 Bem. 13. Den übrigen Erben stehen dagegen die Einwendungen zu, die sie auch sonst gegen den als Nachlaßgläubiger auftretenden Miterben haben, vgl. RGZ 93, 197; OGHZ 1, 161 ff. (163).

daraus, daß in diesen Fällen sein Einverständnis mit der Verfügung bereits darin zum Ausdruck kommt, daß er als Erwerber auftritt. Dieser eigenen Verfügung bedarf es sowohl beim echten als auch beim unechten Vorausvermächtnis.[19] Der Vorausvermächtnisnehmer hat daher zugleich die Position des Gläubigers - als Vorausvermächtnisnehmer - und des Schuldners - als Mitglied der Erbengemeinschaft - inne.[20] Folglich besteht zwischen echtem und unechtem Vorausvermächtnis nach geltendem Recht kein Unterschied. Die vermeintliche Unterscheidung der beiden geht auf das Gemeine Recht zurück, in dem sie für die Gültigkeit des Vorausvermächtnisses von Bedeutung war.

Inhalt eines Vorausvermächtnisses muß immer die Zuwendung eines Vermögensvorteils sein, so daß alles, was einen Vermögensvorteil darstellt, auch Inhalt eines Vorausvermächtnisses sein kann. Dazu gehören z. B. die Zuwendung bestimmter Gegenstände oder Rechte, die Anordnung, daß die Schuld eines Miterben bei Nachlaßüberschuldung nicht eingezogen werden soll,[21] oder die Auferlegung einer Handlung, wenn diese mit Mitteln des Nachlasses zu bewirken ist.[22]

Gesetzliche Vorausvermächtnisse sind der Voraus des Ehegatten (§ 1932)[23] und der Dreißigste (§ 1969)[24] für den Fall, daß die Berechtigten Erben werden.[25]

---

19) Das Gleiche gilt, wenn er nach § 2058 vorgeht, da er sich vor der Teilung immer auf die Gesamthandsklage verweisen lassen muß, vgl. LEHMANN in STAUDINGER, § 2058,Bem. 6 mit weiteren Nachweisen. Ein Hinweis auf das Untervermächtnis, das nur einen Anspruch gegen den Beschwerten gibt, §§ 2147, 2186, führt zu keinem anderen Ergebnis, da es in der Haftungsfrage anders geregelt ist.

20) KGJ 38 A 219 ff.

21) OLG 21, 300.

22) Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 4. Auflage, 1905, § 2150,Bem. 2.

23) ROSENBAUER, Das Vorausvermächtnis, 1926, § 15, S. 50; KUETGENS, Das Vorausvermächtnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1913, § 18, S. 78; LEHMANN in STAUDINGER, § 1932,Bem. 2; EHARD - EDER in SOERGEL § 1939 Bem. 2.

24) KUETGENS, a.a.O., S. 18, S. 85; LEHMANN in STAUDINGER, § 1969, Bem. 14 ff.

25) Nach EHARD - EDER in SOERGEL, § 1939,Bem. 2, soll auch Art. 139 EGBGB ein gesetzliches Vorausvermächtnis enthalten.

3. SCHWIERIGKEITEN BEI DER UNTERSCHEIDUNG VON TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS

Vergleicht man die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis, so scheinen die beiden Rechtsinstitute kaum Ähnlichkeit miteinander aufzuweisen. Das eine Mal werden Vorschriften über die Auseinandersetzung getroffen, und das andere Mal wird dem Erben ein Vermögensvorteil zugewendet. Es sieht aus, als sei es unvorstellbar, daß beide Rechtsinstitute miteinander verwechselt werden könnten.[26] Der Schein trügt jedoch, wie die folgenden Beispiele zeigen.

Bestimmt der Erblasser etwa: A, B und C sollen Erben zu je einem Drittel sein, und C solle die goldene Uhr erhalten, so ergibt sich daraus noch nicht, ob diese Verfügung als Teilungsanordnung oder als Vorausvermächtnis gewollt ist. Auch wenn der Erblasser anordnet, daß von seinen Erben der Älteste das Recht haben solle, das Haus zum Schätzwert zu übernehmen, ist es zweifelhaft, ob hier ein Vermögensvorteil zugewendet oder ob nur die Erbteilsquote ausgefüllt worden ist. Die gleichen Zweifel treten z. B. auch in folgenden Fällen auf: Von den Erben ist A verpflichtet, den Grundbesitz des Erblassers zu einem Viertel des gemeinderätlichen Schätzungspreises zu übernehmen, oder A ist berechtigt, das Haus zu einem Preis zu übernehmen, der ein Drittel über dem Verkaufswert liegt, oder er erhält das Recht, die Aktien zum Verkehrswert zu übernehmen.

4. TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS IN ANDEREN RECHTSORDNUNGEN

Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis sind keine Besonderheit des BGB. Auch den Rechten anderer Staaten sind sie bekannt. Hierbei ist freilich zu berücksichtigen, daß es sich bei Rechtsinstituten wie Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis - wie überhaupt bei allen Rechtsinstituten - um den Ausdruck positiver Rechtsnormen handelt.[27] Ein Vergleich solcher Institute ist deshalb nur

---

26) Dies ist die Ansicht STENGER's, a.a.O., S. 38; denn die Aussetzung eines Vorausvermächtnisses und die Errichtung einer Teilungsanordnung seien so verschieden, daß eine Verwechslung ausgeschlossen erscheine.

27) Dazu RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, Summum ius summa iniuria, 1963, S. 147 f.: Rechtsinstitute "gelten als bloße Systembegriffe, mit denen ein Komplex von Rechtsnormen abgekürzt bezeichnet wird".

dort sinnvoll, wo die Rechtsnormen auf gleiche historische Quellen zurückgehen oder einen Sachverhalt in ähnlicher Weise regeln. Im folgenden werden deshalb nur wenige solcher Rechtsordnungen erwähnt, die wie das deutsche Erbrecht römisch-rechtlich beeinflußt sind.

So enthält z. B. § 671 des österreichischen ABGB eine spezielle Teilungsanordnung für das Heiratsgut einer Tochter:

> Vermachen die Eltern der Tochter Heiratsgut, so wird dasselbe, wofern es nicht ausdrücklich als ein Vermächtnis erkläret worden, in den gesetzlichen oder letztwilligen Erbteil angerechnet.

Daneben ist auch ohne gesetzliche Normierung eine allgemeine Teilungsanordnung anerkannt. [28)]

Das Vorausvermächtnis ist in § 648 ABGB geregelt:

> Der Erblasser kann auch einem oder mehreren Miterben ein Vermächtnis vorausbestimmen; in Rücksicht desselben sind sie nur als Legatare zu betrachten.

Die Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis bereitet hier ebenfalls Schwierigkeiten, wie sich schon daraus erkennen läßt, daß die Teilungsanordnung als Hineinvermächtnis [29)] bezeichnet wird.

Das schweizerische Recht kennt ebenfalls die beiden Rechtsinstitute. Bestimmungen über die Teilungsanordnung enthält Art. 608 ZGB:

> Der Erblasser ist befugt, durch Verfügung von Todes wegen seinen Erben Vorschriften über die Teilung und Bildung der Teile zu machen.
>
> Unter Vorbehalt der Ausgleichung bei einer Ungleichheit der Teile, die der Erblasser nicht beabsichtigt hat, sind diese Vorschriften für die Erben verbindlich.

Die Zulässigkeit des Vorausvermächtnisses ergibt sich, ohne daß dafür eine be-

---

28) WEISS in KLANG, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 1952, § 550, VI, 6, S. 170.

29) EHRENZWEIG, System des allgemeinen Österreichischen Privatrechts, 2. Bd., 2. Hälfte, 2. Aufl., 1937, § 517, VI, S. 538; vgl. auch WEISS in KLANG, a.a.O., § 648, 1, d, S. 496.

sondere Vorschrift vorhanden ist, aus der Möglichkeit, Vermächtnisse zu errichten.[30] Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis tauchen hier jedoch nicht auf, da Art. 608 Abs. 3 ZGB eine Vermutung für das Vorliegen einer Teilungsanordnung aufstellt:

> Ist nicht ein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich, so gilt die Zuweisung einer Erbschaftssache an einen Erben als eine bloße Teilungsanordnung und nicht als Vermächtnis.

Der italienische Codice Civile von 1944 normiert die Teilungsanordnung in Art. 733:[31]

> Hat der Erblasser besondere Vorschriften für die Bildung der Teile getroffen, so sind diese Bestimmungen für die Erben bindend, es sei denn, daß der wirkliche Wert der Gegenstände nicht mit den vom Erblasser festgesetzten Quoten übereinstimmt.
>
> Der Erblasser kann anordnen, daß die Teilung nach Schätzung einer von ihm bezeichneten Person erfolgt, die weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist. Die von dieser Person vorgenommene Teilung bindet den Erben nicht, wenn das Gericht auf Antrag eines Erben feststellt, daß sie dem Willen des Erblassers zuwiderläuft oder offensichtlich unbillig ist.

Art. 661 Codice Civile[32] stellt die Zulässigkeit eines Vorausvermächtnisses fest:

> Das einem Miterben zu Lasten der ganzen Erbschaft zugewendete Vermächtnis gilt als ein solches bezüglich seines ganzen Betrages.

Im polnischen Recht nennt Art. 152 § 3 S. 1 des Dekrets vom 8.11.1946 über das Nachlaßverfahren[33] die Teilungsanordnung:

---

30) TUOR in GMÜR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., 1952, Art. 484, Bem. 12.

31) In der Übersetzung von FERID-FIRSCHING, Internationales Erbrecht, 1961, Bd. 2, S. 93 italienische Texte.

32) In der Übersetzung von FERID-FIRSCHING, aaO, S. 73 italienische Texte. Vgl. auch ibid., Italien, Rd. Nr. 244, S. 94.

33) In der Übersetzung von FERID- FIRSCHING, a.a.O., Bd. 3, S. 75 polnische Texte.

> Bei der Bildung der Erbteile ist nach Möglichkeit anzustreben, daß der im Testament zum Ausdruck gekommene Wille des Erblassers befolgt wird und wenn ein solcher fehlt, daß auf jeden Erbteil die gleiche Anzahl von beweglichen Sachen, Liegenschaften, Rechten oder Forderungen der gleichen Art, Güte und des gleichen Wertes entfällt.

Art. 117 des Erbrechtsdekrets vom 8.10.1946 [34] regelt das Vorausvermächtnis:

> Ist ein Vermächtnis einem Erben zugedacht worden, dann beschwert es in Ermangelung einer abweichenden Willenserklärung des Erblassers auch diesen Erben im Verhältnis seines Anteils an der Erbschaft. In diesem Falle wird auch der den Erben, zu dessen Gunsten das Vermächtnis errichtet wurde, belastende Teil als Vermächtnis angesehen.[35]

---

34) In der Übersetzung von FERID - FIRSCHING, a.a.O., Bd. 3, S. 30 polnische Texte.
Zur Abgrenzung beider vgl. GÜLKE in FERID - FIRSCHING, a.a.O., Bd. 3, Polen, Rd. Nr. 110, S. 70.

35) Auch das Zivilgesetzbuch der RSFSR von 1923 kennt Rechtsinstitute, die mit der Teilungsanordnung und dem Vorausvermächtnis verglichen werden können. Vgl. im Einzelnen AWJERINO und BILINSKY in FERID - FIRSCHING, a.a.O., Bd. 3, UDSSR, Rd. Nr. 91, S. 69 f.

II. DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER §§ 2048, 2150

§ 2048 und § 2150 gelten noch in der Fassung, die sie beim Inkrafttreten des BGB erhalten haben. Für die Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute könnten daher die Materialien zum BGB Hinweise geben, sofern die Redaktoren sich bewußt waren, daß die beiden Vorschriften in gewissen Fällen miteinander konkurrieren können. Insbesondere könnte sich aus der Entstehungsgeschichte ergeben, weshalb zwei sich so ähnelnde Normen im BGB nebeneinander enthalten sind. War sich der Gesetzgeber eines Unterschiedes zwischen den beiden Rechtsinstituten bewußt, oder sind sie nur infolge eines Redaktionsversehens aus verschiedenen, jeweils nur eines der beiden Rechtsinstitute enthaltenden Entwürfen übernommen worden?

1. § 2048

Die in § 2048 geregelte Teilungsanordnung findet sich in sämtlichen Entwürfen zum BGB. Die heutige Fassung geht auf § 1922 des Entwurfs 2. Lesung (§ 2025 Bundestagsvorlage, § 2023 Bundesratsvorlage) zurück:

> Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen. Er kann insbesondere anordnen, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urtheil.[1)]

Der Entwurf 1. Lesung hatte sich in § 2152 mit der Teilungsanordnung befaßt:

> Der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen Anordnungen für die Auseinandersetzung der Erben, insbesondere über die Art der Theilung treffen.[2)]

Auch der Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich kannte in § 6 Bestimmungen über die Teilungsanordnung:

---

1) Protokolle bei MUGDAN S. 506.
2) Motive bei MUGDAN, S. 370.

> Der Erblasser kann nach den näheren Bestimmungen dieses Buches über die Art der Behandlung und Auseinandersetzung seines Nachlasses, über die Theilung unter allen oder einzelnen Erben, einschließlich der Festsetzung von Übernahmepreisen, Anordnungen treffen.
> Er kann über die Anrechnung von Vorempfängen oder die Befreiung von derselben, sowie über den Vollzug seines letzten Willens, einschließlich der Ernennung eines Vollstreckers und der einem solchen für Auslagen und Geschäftsführung bestimmten Vergütungen, Anordnungen treffen.

§ 186 dieses Entwurfes erleichterte die Formvorschriften für diese Anordnungen.

MOMMSEN regelte in seinem Entwurf [3] die Teilungsanordnung folgendermaßen:

> Eltern und Voreltern können, wenn sie nur die Art und Weise der Vertheilung der einzelnen Gegenstände ihres Nachlasses unter ihre zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Abkömmlinge bestimmen wollen, eine solche Verfügung durch einen schriftlichen Aufsatz errichten, welchen sie eigenhändig geschrieben und unter Beifügung des Ortes, Jahres und Tages der Errichtung eigenhändig mit ihrem Familiennamen unterzeichnet haben.

Die Berechtigung des Erblassers, Teilungsanordnungen zu treffen, war für die Redaktoren des BGB selbstverständlich. Man hielt es nur der Deutlichkeit halber für ratsam, sie besonders zu normieren. [4] Es bestanden aber Bestrebungen, neben der obligatorischen auch die dingliche Teilungsanordnung in das BGB aufzunehmen. [5] Die Kommission lehnte dies jedoch ab, [6] weil eine dinglich wirkende Teilungsanordnung sachlich eng mit dem Vindikationslegat zusammenhänge und aus den gleichen Gründen wie dieses zu verwerfen sei.

Während der Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich für Teilungsanordnungen des Erblassers unter seinen Abkömmlingen und seinem

---

3) MOMMSEN, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven, 1876, § 82.
4) Motive bei MUGDAN, S. 370.
5) Protokolle bei MUGDAN, S. 496.
6) Protokolle bei MUGDAN, S. 496.

Ehegatten eine gegenüber dem Testament privilegierte Form vorsah,[7] muß seit dem Entwurf 1. Lesung die Form der letztwilligen Verfügung dafür eingehalten werden. Eine Privilegierung der elterlichen Teilung wurde mangels Bedürfnisses abgelehnt.[8]

2. § 2150

§ 2150, der das Vorausvermächtnis betrifft,

> Das einem Erben zugewendete Vermächtnis (Vorausvermächtnis) gilt als Vermächtnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist

entspricht wörtlich dem § 2126 der Bundestags-, dem § 2124 der Bundesratsvorlage und dem § 2021 des Entwurfs 2. Lesung.[9] Der Entwurf 1. Lesung regelte das Vorausvermächtnis in § 1845 folgendermaßen:

> Der Erblasser kann ein Vermächtnis auch einem Erben zuwenden (Vorausvermächtnis).
> Das Vorausvermächtnis ist im Verhältnisse des bedachten Erben zu Miterben, Vermächtnisnehmern, Nacherben und Erbschaftskäufern auch insoweit als wirksam anzusehen, als der bedachte Erbe selbst beschwert ist.
> Der Erbe kann das Vorausvermächtnis annehmen, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt.[10]

Der Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich hatte das Vorausvermächtnis in § 94 normiert:

> Der Erblasser kann mit einem Vermächtnisse auch den Erben bedenken. Insoweit dies geschehen ist, gilt der Erbe zugleich als Vermächtnißnehmer. Vorausvermächtniß.

---

7) §§ 6, 186 Abs. 2 des Entwurfs. Dabei ist zu berücksichtigen, daß dieser nur das ordentliche öffentliche Testament kannte.

8) Motive bei MUGDAN, S. 153 f., obwohl die Entwürfe der 1. und 2. Lesung nur das ordentliche öffentliche Testament kannten.

9) Die Fassung "... als der Erbe selbst beschwert ist" geht auf einen Antrag in der 2. Lesung zurück, vgl. Protokolle bei MUGDAN, S. 598.

10) Der 3. Absatz wurde in der 2. Lesung als selbstverständlich gestrichen, vgl. Protokolle bei MUGDAN, S. 598.

> Die Anordnung ist unwirksam, wenn der Bedachte der einzige Erbe ist, die Erbschaft erwirbt und andere Vermächtnißnehmer nicht vorhanden sind. Ist für das einem Miterben bestimmte Vermächtniß ein Beschwerter nicht bezeichnet, so sind alle Miterben, einschließlich des Bedachten, als nach dem Verhältniß ihrer Erbteile beschwert anzusehen.
> Der Erbe kann das ihm bestimmte Vermächtniß auch dann erwerben, wenn er die Erbschaft nicht erwirbt.

Der Entwurf von MOMMSEN befaßte sich mit dem Vorausvermächtnis in § 351 Abs. 1:

> Wenn einem Miterben ein Vermächtniß aus der Erbschaft hinterlassen ist, so kann er verlangen, daß ihm der Gegenstand desselben seinem ganzen Umfange nach als etwas zu Theil werde, was er von den übrigen Erben voraus haben solle. Dasselbe gilt, wenn das Vermächtniß einem Miterben nicht allein, sondern mit anderen Miterben oder mit Nichterben hinterlassen ist in Ansehung des Theils, welcher dem Erben zufällt. Der Erbe kann das Vermächtniß auch dann erwerben, wenn er die Erbschaft nicht erwirbt.

Die Bezeichnung Vorausvermächtnis für das Vermächtnis an einen Erben weicht von dem Sprachgebrauch der damaligen Zeit ab. Bis dahin kannte man ein solches Vermächtnis entweder unter dem Namen Prälegat oder Vorvermächtnis. Im Anschluß an UNGER,[11] der anscheinend als einziger damals[12] diesen Terminus verwendete, entschieden sich die Redaktoren für diesen Ausdruck, da er klarer und präziser sei.[13]

---

11) UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1864, § 55, Nr. 3, S. 253.

12) UNGER ist jedoch nicht, wie in den Erläuterungen des Entwurfs eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, S. 220 f., anscheinend angenommen wurde, der erste, der diesen Terminus prägte. Bereits 1796 sprach DABELOW, System des gesammten heutigen Civilrechts, 2. Theil, § 2079, S. 414, vom Vorausvermächtniß. Er scheint aber vor UNGER der einzige gewesen zu sein, der diese Bezeichnung verwendete.

13) Begründung des Entwurfseines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, S. 220.

Aus der Begründung des Entwurfs eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, den Motiven und Protokollen ergibt sich zweifelsfrei, daß die Aufgabe dieser Bestimmung sein sollte, die Streitfrage des Gemeinen Rechts zu entscheiden, ob der Erbe ein Vermächtnis erhalten könne. Dieser Streit wurzelte in dem auch heute grundsätzlich geltenden Axiom, daß niemand zugleich sein eigener Schuldner und Gläubiger sein könne. Beim Vorausvermächtnis ist der Bedachte aber beides. Er ist Gläubiger, weil er als Vorausvermächtnisnehmer einen Anspruch gegen die Erbengemeinschaft auf das Vorausvermächtnis hat, und er ist Schuldner, da er als Erbe zur Leistung des Vorausvermächtnisses verpflichtet ist. Daraus zogen die meisten Autoren des Gemeinen Rechts den Schluß, daß einem Erben ein Vermächtnis nicht im vollen Umfang gültig hinterlassen werden könne. Den Redaktoren des BGB erschien dieses Ergebnis unbillig und unbefriedigend, da es dem Willen des Erblassers widerspreche; denn dieser wolle die Stellung des Bedachten durch die Hinterlassung des Vorausvermächtnisses nicht verschlechtern, sondern diesem zu seinen Rechten als Erbe voll und ganz die des Vorausvermächtnisnehmers zuwenden. § 2150 fingiert deshalb die Gültigkeit des Vorausvermächtnisses und zwar auch insoweit, als der Erbe selbst belastet ist,[14] indem er unberücksichtigt läßt, daß der Vorausvermächtnisnehmer als Erbe bereits Miteigentümer des Nachlasses ist.

Die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit[15] dieser Fiktion ist oft bestritten worden. Einer ihrer schärfsten Kritiker ist ENDEMANN.[16] Seiner Meinung nach wird der im Vorausvermächtnis enthaltene logische Widerspruch, daß der Bedachte zugleich Gläubiger und Schuldner ist, nicht durch diese Konstruktion gelöst. Er sieht sich zwar auch genötigt, die Fiktion aufrecht zu erhalten, aber er interpretiert sie anders. Danach ermächtigt § 2150 den Erblasser, den betreffenden Erbschaftsgegenstand aus dem Nachlaß abzusondern und damit eine unmittelbare Rechtsübertragung außerhalb des Nachlasses herbeizuführen. Diese

---

14) Motive bei MUGDAN, S. 73.

15) Ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit wird z. B. von STROHAL, Das Deutsche Erbrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1904, § 29, III, a und Anm. 12, S. 204; KRETZSCHMAR, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1910, § 39, II, 2, S. 148; VON LÜBTOW, Zur Lehre vom Praelegat, SZ(rom) 68, 511; KG, OLG 30, 202 vertreten.

16) ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Band, 1. Hälfte, 8./9. Aufl., 1919, § 92, III, b, S. 687.

Auffassung wurde ihrerseits heftig bekämpft. [17] Da ENDEMANN das Vorausvermächtnis als Vindikationsvermächtnis begreift, das das BGB aber in § 2174 abgelehnt hat, entspricht seine Auffassung nicht dem geltenden Recht und kann daher nicht übernommen werden.

MEISCHEIDER [18] hält eine Fiktion beim Vorausvermächtnis überhaupt nicht für erforderlich. Er meint, die Motive hätten sich noch zu sehr an den römisch-rechtlichen Begriff des Vorausvermächtnisses gehalten und daher dem Willen des Erblassers zu wenig Rechnung getragen; denn dieser bewirke bereits, daß es noch einer gesetzlichen Fiktion bedürfe, daß das Vorausvermächtnis an den Bedachten in seiner Eigenschaft als Vermächtnisnehmer und nicht an ihn als Erbe falle. Allein dabei verkennt MEISCHEIDER, [19] daß der Erblasser nicht durch seine Willenserklärung die das gesamte Recht beherrschende Grundregel von der Unvereinbarkeit der Gläubiger- und Schuldnerposition in einer Person aufheben kann. Wenn sie in bestimmten Fällen, wie z. B. in § 1976 durchbrochen wird, so kann dies immer nur auf Grund einer gesetzlichen Fiktion, aber nicht auf Grund der Privatautonomie geschehen.

VON TUHR [20] und LANGE [21] sehen in der Fiktion des § 2150 ein Überbleibsel der Bruchteilsgemeinschaft, als die die erste Kommission die Erbengemeinschaft konzipiert hatte. Bei der Gestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft sei übersehen worden, daß § 2150 nur bei der Bruchteilsgemeinschaft erforderlich gewesen sei. Die Zusammenfassung der Miterben in der Gesamthandsgemeinschaft und die dadurch erreichte Trennung des Sondervermögens "Nachlaß" [22] vom übrigen Vermögen der Erben bewirkt nach ihrer

---

17) CROME, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Band, 1912, Anm. 123, S. 392; HERZFELDER in STAUDINGER, 3./4. Aufl., 1909, § 2150 Bem. 1; KUETGENS, a.a.O., § 6, S. 25; VON LÜBTOW, a.a.O., SZ 68, 525; STROHAL, a.a.O., Band 1, § 29, Anm. 11, S. 204.

18) MEISCHEIDER, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1899, § 87, V, S. 342.

19) KUETGENS, a.a.O., § 6, S. 25 und ROSENBAUER, a.a.O., S. 26, begreifen diese Konstruktion MEISCHEIDER's als unzulässiges Vindikationsvermächtnis.

20) VON TUHR, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, 1910, § 20, VI, Anm. 22, S. 354.

21) LANGE, a.a.O., § 27, V, 1, d, S. 272.

22) Herrschende Meinung, vgl. LANGE, a.a.O., § 44, 3, b und Anm. 2, S. 541.

Ansicht bereits, daß der Vorausvermächtnisnehmer nur Gläubiger der Gesamthandsgemeinschaft, aber nicht seiner selbst wird. Diese Argumentation klingt zwar bestechend, damit ist, wie VON LÜBTOW bemerkt, [23] "der bestehende logische Widerspruch jedoch noch nicht beseitigt". Es kann dabei dahingestellt werden, ob dem einzelnen Miterben etwa schon vom Erbfall an ein latentes Sonderrecht sachenrechtlicher Art an den Nachlaßgegenständen zusteht, das aber erst bei der Auseinandersetzung seine volle Kraft entfaltet. [24] Entscheidend ist allein, daß jeder der Erben gemäß § 2040 Verfügungen über den Nachlaß zustimmen muß. Die Berichtigung von Vermächtnissen ist, da sie aus dem Nachlaß erfolgt, eine Verfügung über diesen. Daher müssen ihr alle Erben, also auch der Vorausvermächtnisnehmer als Erbe, zustimmen. Damit enthält das Recht aus dem Vorausvermächtnis notwendigerweise einen Anspruch gegen die einzelnen Miterben auf Zustimmung zur Leistung. Folglich fällt wegen § 2040 beim Vorausvermächtnisnehmer immer die Gläubiger- und Schuldnerstellung zusammen, so daß die Fiktion in § 2150 notwendig ist. [25]

Aus den Materialien ergibt sich beim Vorausvermächtnis demnach nur, daß bei diesem Rechtsinstitut eine Ausnahme von der Regel, niemand könne Gläubiger und Schuldner zugleich sein, gewollt normiert wurde.

3. VERHÄLTNIS VON TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS IN DEN BERATUNGEN DES GESETZGEBERS

Die Motive streifen auch das Verhältnis der Teilungsanordnung zum Vorausvermächtnis. Sie stellen dabei fest, daß eine Teilungsanordnung an sich "nicht in den Bereich der Vermächtnisse und Auflagen fällt, obschon auch ein Vermächtnis oder eine Auflage darin enthalten sein kann". [26] Ein Kriterium zur Unterscheidung der beiden Rechtsinstitute enthalten aber weder die Motive noch die Protokolle. Die Regelung des Entwurfs eines Rechtes der Erbfolge für

---

23) VON LÜBTOW, a.a.O., SZ 68, 524.

24) Vgl. KG, KGJ 38, A. 219 ff.; Literaturnachweise bei LANGE, a.a.O., § 44, 3, b, Anm. 2, S. 541; LEHMANN in STAUDINGER, § 2032 Bem. 8.

25) Folgerungen dieser Fiktion finden sich z. B. bei der Anrechnung einer Zuwendung oder der Berechnung des Pflichtteils; vgl. im Einzelnen Kapitel 5, 3, d.

26) Motive bei MUGDAN, S. 370.

das Deutsche Reich,[27] wonach der Wille des Erblassers entscheidend für die rechtliche Qualifikation einer letztwilligen Anordnung sein sollte,[28] ist nicht übernommen worden. Aus den Materialien ergibt sich somit nur, daß die Redaktoren die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis als etwas Verschiedenes betrachteten, nicht aber, wie sie von einander abzugrenzen sind.

27) § 26 Abs. 1 des Entwurfs eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich: Die rechtliche Natur einer letztwilligen Anordnung wird nach der erkennbaren Absicht des Erblassers beurtheilt.

28) Der Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, S. 222, verzichtet expressis verbis wie auch MOMMSEN, a.a.O., S. 369, auf eine gesetzliche Auslegungsregel.

III. DIE ENTWICKLUNG DER TEILUNGSANORDNUNG UND DES VORAUSVERMÄCHTNISSES VOR ERLASS DES BGB

Die Selbstverständlichkeit, mit der der Gesetzgeber von 1896 von einer vorhandenen Unterscheidung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis ausging, ohne freilich dezidierte Kriterien für eine Abgrenzung beider Rechtsinstitute angeben zu können, ist historisch zu erklären. Beide Institute waren der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bekannt. Die nach dem äußeren Erscheinungsbild zu beobachtende Ähnlichkeit legt die Vermutung nahe, daß möglicherweise die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis aus verschiedenen Rechtskreisen in das BGB übernommen worden sind. Sollte sich dies erweisen, so könnten eventuell beide Institute Varianten des gleichen Rechtsgedankens sein. In diesem Falle bestünden keine wesentlichen Unterschiede zwischen ihnen, so daß sich eine Abgrenzung erübrigen würde. Um diesen Schluß ziehen zu können, ist daher eine Untersuchung über den Ursprung und die Entwicklung beider Rechtsinstitute bis zu ihrer Aufnahme in das BGB erforderlich.

1. DIE TEILUNGSANORDNUNG

Das Institut der Teilungsanordnung ist den dem BGB vorangegangenen Rechtsordnungen bekannt gewesen.

a) Das Gemeine Recht gab dem Erblasser die Möglichkeit, Bestimmungen für die Auseinandersetzung des Nachlasses unter seinen Erben zu treffen, indem es den Eltern [1] die divisio parentum inter liberos zur Teilung unter ihren Kindern zur Verfügung stellte. Diese divisio parentum inter liberos war aber nur für Anordnungen des Aszendenten unter seinen Deszendenten zulässig. Die divisio parentum inter liberos mußte die Teilung der einzel-

---

1) Literaturnachweis bei MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Ausführliche Erörterung der Pandecten, Band 42, De testamento militis, § 1480, S. 151, § 1483, S. 231, WINDSCHEID - KIPP, Lehrbuch der Pandekten, Band 3, 9. Aufl., 1906, § 628, Anm. 13, S. 589.
Die divisio parentum inter liberos ist von dem testamentum parentum inter liberos zu trennen, vgl. dazu WINDSCHEID - KIPP, a. a. O., § 544, 4, S. 228 f.

nen Vermögensstücke bezwecken [2] und durfte weder eine Erbeinsetzung noch eine Enterbung enthalten.[3] Sie konnte sowohl in einem Testament oder Erbvertrag [4] als auch in einem Codizill [5] vorgenommen werden. Die für sie geschaffene und nur ihr gestattete Form war jedoch der schriftliche "Aufsatz", der die Angabe der zu verteilenden Gegenstände enthalten mußte, und den entweder der Testator oder die Abkömmlinge zu unterschreiben hatten.[6] Ob die divisio parentum inter liberos auch mündlich entsprechend der RNotO von 1512 [7] errichtet werden konnte, war streitig.[8]

Die divisio parentum inter liberos konnte nur zugunsten von Abkömmlingen gebraucht werden.[9] Darüber, ob diese gesetzliche Erben sein mußten oder

---

2) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Band 42, S. 238 ff.; THIBAUT, System des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1834, § 846, S. 368; GÖSCHEN, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 3. Bd., 2. Aufl., 1843, § 902, S. 296 f. - Möglicher Inhalt einer solchen divisio parentum inter liberos konnte auch die Zuweisung von Schulden an einen oder mehrere Erben sein (vgl. MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Band 42, S. 236; SEUFFERT, Praktisches Pandektenrecht, 3. Bd., 4. Aufl., 1874, § 591, S. 153), ebenso der Erlaß von Collationsverbindlichkeiten (vgl. MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Band 42, S. 236). Ob eine Collationsverbindlichkeit mit der divisio parentum inter liberos begründet werden konnte, war streitig; vgl. MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Band 42, S. 236, Anm. 86, mit weiteren Verweisen.

3) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Band 42, S. 237 f.

4) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Band 42, S. 234. Vgl. aber VON WENING-INGENHEIM, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 2. Bd., 3. Aufl., 1828, § 482, S. 256.

5) Zum Codizill: WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 630, S. 592 ff.

6) Das Gemeine Recht stützte sich dabei auf nov. 18 c 7, nov. 107 c 3. WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 628, S. 589.

7) RNotO, Tit. Von Testamenten, § 2.

8) Vgl. einerseits OG Wolfenbüttel, SeuffA 24, Nr. 130, andererseits OAG Cassel, SeuffA 2, Nr. 70. MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Band 45, S. 90.

9) Streitig war, ob unter die Deszendenten nur die Abkömmlinge 1. Grades oder auch weitere fielen; MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 42, S. 171 ff.; STEDLER, a.a.O., § 3, S. 17 ff.

auch testamentarische Erben sein konnten, bestanden Kontroversen.[10] Wurde der Nachlaß nicht gleichmäßig unter den Erben verteilt, so berührte dies die Gültigkeit der divisio parentum inter liberos solange nicht, als dadurch nicht der Pflichtteil eines Erben verletzt wurde.[11]

Der Erblasser konnte die divisio parentum inter liberos jederzeit widerrufen. Er war durch sie nicht gebunden.[12] Anders war es mit den Abkömmlingen, für sie war eine solche Anordnung verbindlich.[13] Die divisio parentum inter liberos verpflichtete die Bedachten auch gegenseitig zur Eviktionshaftung.[14]

Zwar wurde im Gemeinen Recht vor allem die divisio parentum inter li-

---

10) HÖPFNER, Theoretisch praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuester Ausgabe, 8. Aufl., 1818, II, Tit. XI, § 460, S. 352 f.; WENING-INGENHEIM, a.a.O., § 482, S. 256; HOLZSCHUHER, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Bd., 1. Abt., 1845, Kap. III, S. 603; MATTHIAE, Controversen-Lexikon des römischen Civilrechts, 2. Teil, 1859, S. 127; PUCHTA, Pandekten, 11. Aufl., 1872, § 468, S. 677; ARNDTS, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1874, § 489, S. 790; OAG Parchim, SeuffA 1, Nr. 100, verlangten die Intestaterbfolge.
Auch bei der testamentarischen Erbfolge ließen demgegenüber die divisio parentum inter liberos zu: GÖSCHEN, a.a.O., § 902, S. 297; MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 42, S. 232; SINTENIS, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 3, 3. Aufl., 1869, § 170, S. 377; SEUFFERT, a.a.O., § 531, Anm. 12, S. 153; BARON, Pandekten, 8. Aufl., 1893, § 394, II, 4, S. 675; KOEPPEN, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1895, § 71, S. 451.

11) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 42, S. 236 f.; SEUFFERT, a.a.O., § 591, Anm. 7, S. 289, § 601, Anm. 8, S. 310; Erkenntnis der Juristischen Fakultät Berlin, SeuffA 19, Nr. 170; OLG Celle, SeuffA 37, Nr. 332.

12) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 42, S. 243 f.

13) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 42, S. 242 f.; STEDLER, a.a.O., § 6, S. 26.

14) Dies war streitig: VOET, Commentarius ad Pandectas, Bd. 2, 1778, lib. X, tit. II, S. 631 f; GLÜCK, Bd. 11, S. 107 ff. (S. 110); THIBAUT, a.a.O., § 880, S. 397; HOLZSCHUHER, a.a.O., S. 763; SINTENIS, a.a.O., § 188, Anm. 22, S. 516; SEUFFERT, a.a.O., § 591, Anm. 7, S. 289; weitere Nachweise bei MATTHIAE, a.a.O., iudicium fam. erc., S. 273.

beros erörtert und behandelt, daneben existierte aber auch eine allgemeine divisio.[15] Im Gegensatz zur divisio parentum inter liberos konnte sie jeder Erblasser verwenden, gleichgültig in welchem Verhältnis er zu seinen Erben stand. Daß sie im Vergleich zu der nur einen Unterfall bildenden divisio parentum inter liberos [16] vernachlässigt wurde, erklärt sich daraus, daß sie nicht ebenso privilegiert war. Ob sie unbedingt in einem Testament enthalten sein mußte,[17] oder ob die Codizillform auch für sie ausreichte,[18] war streitig.

Inhalt einer allgemeinen divisio konnten sowohl solche Anordnungen sein, durch die gewisse Gegenstände bestimmten Erben zugewiesen wurden, als auch solche, die die Art und Weise der Teilung regelten.[19] Der Erblasser konnte daher testieren, daß der Erbe X das Haus zu einem festgesetzten Übernahmepreis bekommen sollte; er konnte aber auch verfügen, durch wen und wie die Teilung vorgenommen werden sollte. Im Gegensatz zum Recht des BGB war es ihm jedoch verwehrt, die Auseinandersetzung auszuschließen, es sei denn, es handelte sich nur um eine relativ unbedeutende Zeitspanne.[20] Die divisio war sowohl hinsichtlich der gesetzlichen als auch hinsichtlich der testamentarischen Erben zulässig.

Von der divisio unterschied sich die Erbeinsetzung auf bestimmte Gegen-

---

15) VON BUCHHOLTZ, Die Lehre von den Präelegaten, 1850, S. 235 ff.; HOLZSCHUHER, a.a.O., S. 606; WÄCHTER, Pandekten, Bd. 2, 1881, § 306, I, S. 773; KOEPPEN, a.a.O., § 71, S. 451; BARON, a.a.O., § 428, 1, S. 737; BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 1886, § 407, S. 282; DERNBURG, Pandekten, 3. Bd., 7. Aufl., 1902/1903, § 87, 2, S. 166.
A. A. WENDT, Lehrbuch der Pandekten, 1888, § 377, S. 854, der nur eine Teilungsanordnung für die Art und Weise der Auseinandersetzung neben der divisio parentum inter liberos anerkannte.

16) Vgl. z. B. WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 608, Anm. 16, S. 502; GÖSCHEN, a.a.O., § 965, II, 8, S. 455; SEUFFERT, a.a.O., § 591, Anm. 7, S. 289.

17) BRINZ, a.a.O., § 407, Anm. 69, S. 283; KOEPPEN, a.a.O., § 71, Anm. 6, S. 451.

18) VON BUCHHOLTZ, a.a.O., Anm. 39, S. 238; WÄCHTER, a.a.O., § 306, I, S. 773.

19) Vgl. die in Anm. 15 Genannten. A. A. STENGER, a.a.O., S. 40, S. 100; nach ihrer Ansicht waren dem Gemeinen Recht nur Bestimmungen über die Verteilung des Nachlasses, nicht aber über die Art und Weise der Teilung bekannt.

20) GLÜCK, Bd. 11, S. 21; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 608, Anm. 4, S. 500.

stände, die institutio ex re certa. Während eine divisio immer eine Erbeinsetzung voraussetzte und nur die einzelnen Vermögensstücke unter den auf den ganzen Nachlaß eingesetzten Erben verteilte, war eine institutio ex re certa gegeben, wenn die Erbeinsetzung in der Zuwendung des betreffenden Gegenstandes lag und der Bedachte nur in bezug auf diesen Gegenstand Erbe sein sollte. In der Beschränkung auf einen bestimmten Gegenstand wurde die institutio ex re certa für ungültig gehalten und daher als Erbschaftsvermächtnis, [20 a)] bloßes Vermächtnis oder als unbeschränkte Erbeinsetzung mit gleichzeitiger Zuwendung eines Prälegates je nach dem Willen des Testators aufrechterhalten. [21)]

Die divisio war für die Auseinandersetzung des Nachlasses maßgebend. Der Teilungsrichter mußte die Anordnungen, die die Art und Weise der Auseinandersetzung regelten, befolgen. Hielt er sie für unangemessen, so konnte er sich über sie hinwegsetzen; die Erben hatten kein Recht, ihn zu deren Befolgung zu zwingen. [22)] Die Zuweisung bestimmter Nachlaßgegenstände an die einzelnen Erben war dagegen immer bindend. [23)]

Als Fazit dieses Überblicks kann man feststellen, daß die divisio im Vergleich zur Teilungsanordnung zwar einen geringeren Anwendungsbereich hat-

---

20 a) Zum Erbschaftsvermächtnis vgl. WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., §§ 662 ff., S. 700 ff.

21) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 40, S. 169 ff., S. 171, Anm. 7 und 8 mit weiteren Literaturnachweisen sowie S. 173, Anm. 12; VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, 7. Aufl., 1876, § 449, A, Anm. 2, S. 149 ff.; KOEPPEN, a.a.O., § 77, S. 493 ff.; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 553, S. 262 ff.; OAG Celle, SeuffA 9, Nr. 51; OG Wolfenbüttel, SeuffA 36, Nr. 43.

22) VON KELLER, Pandekten, 1861, § 541, B, a, S. 1015; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 608, Anm. 16, S. 502; a. A. SINTENIS, a.a.O., § 188, III, 2, S. 516; WENDT, a.a.O., § 377, S. 854; DERNBURG, a.a.O., § 176, Anm. 17, S. 362; nach dieser Ansicht mußte der Teilungsrichter - außer bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse - immer die divisio erfüllen. Auch MÜHLENBRUCH, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 3, 3. Aufl., 1837, § 717, S. 364, betrachtete die divisio immer als verbindlich. Vgl. auch STENGER, a.a.O., S. 43, die jedoch zu sehr pauschaliert.

23) DERNBURG, a.a.O., § 176, Anm. 17, S. 362; KOEPPEN, a.a.O., § 40, Anm. 6, S. 243; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 608, Anm. 16, S. 502.

te,[24] in der Form aber, - wenn man von der nicht ins BGB übernommenen divisio parentum inter liberos absieht - keine entscheidenden Unterschiede aufwies und in der Aufgabe und Zielsetzung der Teilungsanordnung entsprach.

b) Auch die Partikularrechte gaben dem Erblasser die Möglichkeit, den Nachlaß seinen Vorstellungen gemäß unter den Erben zu verteilen.

Die Teilungsanordnung des bayerischen Rechts entsprach der divisio des Gemeinen Rechts.[25] Der Codex Maximilianeus kannte auch eine divisio parentum inter liberos.[26] Sie glich der des Gemeinen Rechts, nur daß sie formfrei war und daher in jeder den Willen des Erblassers sicherstellenden Weise errichtet werden konnte.

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch (1863) enthielt in den §§ 2115, 2116, 2350 eine dem Gemeinen Recht entsprechende Regelung. Es differierte aber insofern, als es in § 2346 ein zulässiges Teilungsverbot für 20 Jahre kannte.

Das württembergische Landrecht enthielt nur Vorschriften für die elterliche Teilung.[27] Die Zulässigkeit einer allgemeinen Teilungsanordnung war jedoch anerkannt.[28] Inhalt einer solchen konnte auch die Beauftragung eines Dritten durch den Erblasser sein, die Gegenstände den einzelnen Erben nach seinem Ermessen zuzuweisen.[29] Sonst kannte das württembergische Recht keine Besonderheiten.

---

24) Sie konnte keine Regelung für den Auseinandersetzungszeitpunkt treffen. Ob sie die Begründung einer Collationsverbindlichkeit enthalten konnte, war streitig; vgl. STENGER, a.a.O., S. 11.

25) ROTH, Bayerisches Civilrecht, Bd. 4, 1875, § 374, S. 731 ff.

26) KREITTMAYR AUF OFFENSTETTEN, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem, 3. Theil, 1821, 4, § 9, Anm. 5, S. 560 f; ROTH, a.a.O., § 306, II, 4, f, S. 317 ff.

27) Des Herzogtumbs Württemberg erneuert Gemein Landrecht, (ed. 1814), III. Theil, Tit. V, S. 345. Nach STEIN-KÜBEL, Handbuch des Württembergischen Erbrechts, 6. Aufl., 1892, S. 69, und REYSCHER, Das gemeine und württembergische Privatrecht, 2. Bd., 2. Aufl., 1847, VII. Buch, § 652, Nr. 4, S. 225, wurde die elterliche Teilung nur bei der Intestaterbfolge angewendet. Zu Streitfragen über die Form dieser privilegierten Anordnung vgl. STEIN-KÜBEL, a.a.O., S. 70.

28) STEIN-KÜBEL, a.a.O., § 95, S. 115; REYSCHER, a.a.O., VII. Buch, § 707, S. 322.

29) REYSCHER, a.a.O., VII. Buch, § 707, S. 322.

Abweichend vom Gemeinen Recht regelte das badische Recht die Teilung der Eltern unter ihren Kindern. Es gab dem Aszendenten die Befugnis, durch Zuteilung an die einzelnen Erben die Gemeinschaft der Erben am Nachlaß sofort aufzuheben, ohne daß sich daran noch ein weiteres Teilungsverfahren anschloß.[30] Diese Vorschrift entstammte dem französischen Recht. Auf sie braucht jedoch nicht näher eingegangen zu werden, da sie auf das heutige Recht keinen Einfluß gehabt hat. Die Teilungsvorschriften anderer Personen richteten sich auch im badischen Recht nach dem Gemeinen Recht.[31]

Auch das preußische ALR gestattete dem Erblasser, Bestimmungen für die Teilung seines Nachlasses zu treffen. Er konnte sowohl die Art und Weise der Auseinandersetzung näher regeln als auch einzelne Gegenstände den verschiedenen Erben zuteilen.[32] Anders als nach Gemeinem Recht war es möglich, die Auseinandersetzung, wenn auch nicht für den gesamten Nachlaß, so doch für einzelne Nachlaßgegenstände zur Stiftung eines Familienfideicommisses oder zur Anordnung einer fideicommissarischen Substitution auszuschließen.[33]

Eine besondere Form war für die Teilungsanordnung nicht vorgesehen. Sie mußte daher den Formalien entsprechen, die zur gültigen Errichtung einer letztwilligen Verfügung erforderlich waren. Ob sich die Erben über die Anordnungen des Testators hinwegsetzen konnten,[34] oder ob dafür besondere Gründe vorliegen mußten,[35] war streitig.

Wie im Gemeinen Recht und in den sonstigen Partikularrechten nahm auch im ALR die Teilung der Eltern unter den Kindern[36] eine Sonderstellung ein. Sie

---

30) BEHAGEL, Das Badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon mit besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse der Praxis, 2. Aufl., 1875, § 151, S. 620, Art. 1075, 1076.

31) RUEF, Code Napoléon, Badisches Landrecht mit Anmerkungen, 2. Aufl., 1872, Art. 1075, Anm. 2, S. 238.

32) §§ 264, 266 I 12; §§ 118 f, 126 I 17 ALR.

33) §§ 53 ff I 12; §§ 119 f I 17 ALR.

34) FÖRSTER-ECCIUS, Preußisches Privatrecht, 4. Bd., 7. Aufl., 1897, § 273, S. 602, der aber das Teilungsverbot für bindend erachtete.

35) DERNBURG, Preußisches Privatrecht, 3. Bd., 4. Aufl., 1894, § 245, Anm. 8.

36) STENGER, a.a.O., S. 13 f mit Nachweisen darüber, ob diese Teilung nur bei Intestat- oder auch bei Testamentserbfolge zulässig war.

war besonders privilegiert.[37] Nur mit ihr konnte man gemäß § 380 a II 2 ALR Grundsätze für die Teilung aufstellen.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß die Teilungsanordnung der Partikularrechte gegenüber der des Gemeinen Rechts einen ausgedehnteren Anwendungsbereich innehatte.[38]

c) Nach altem deutschen Recht konnte der Erblasser nicht über den Nachlaß verfügen,[39] denn dieser mußte an seine gesetzlichen Erben fallen. Zwar waren diese nur Gesamtrechtsnachfolger in die verschiedenen Sondervermögen und nicht in das Gesamtvermögen des Erblassers;[40] eine Verteilung der Sondervermögen konnte der Erblasser aber ebensowenig vornehmen wie eine Verfügung über den gesamten Nachlaß. Dies erklärt sich daraus, daß man das Gut als an die Familie gebunden betrachtete und somit eine freie Verfügung darüber ausgeschlossen war.[41] Den sich unter dem Einfluß der Kirche entwickelnden Freiteil[42] konnte der Erblasser ursprünglich nur durch sachenrechtlichen Vertrag, also durch eine Verfügung unter Lebenden vergeben.[43] Erst mit der Übernahme des Testaments wurde es möglich, letztwillige Anordnungen zu treffen. Das Testament aber hat sich unter dem Einfluß des römischen und kanonischen

---

37) FÖRSTER-ECCIUS, a.a.O., § 249, 6; STENGER, a.a.O., S. 13. Ob die divisio parentum inter liberos als testamentum parentum inter liberos oder als reine Teilungsanordnung aufzufassen war, war streitig: SUAREZ, Schlußrevision, Jahrbuch 52, S. 17, Nr. 6; FÖRSTER-ECCIUS, a.a.O., § 249, 6, S. 380; STEDLER, a.a.O., § 8, S. 37.

38) Über Partikularrechte mit abweichenden Teilungsanordnungen vgl. STEDLER, a.a.O., § 8, S. 35.

39) SCHÖNFELD, Die Vollstreckung der Verfügungen von Todes wegen im Mittelalter nach sächsischen Quellen, SZ (germ) 42 (1921), S. 240 ff.; CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte, 1954, 2. Teil, 6. Abschn., § 5, S. 216 ff.; von SCHWERIN, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1928, § 99, S. 300 f.; HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930, § 110, S. 780 ff., § 102, S. 736 f.

40) SCHÖNFELD, a.a.O., SZ (germ.) 42, S. 242 f.

41) TACITUS, Germania, cap. 20: heredes tamen successoresque sui cuisque liberi et nullum testamentum. Die Gebundenheit äußert sich auch im Wart- und Beispruchsrecht der Erben.

42) CONRAD, a.a.O., S. 219, S. 559.

43) Vgl. auch Gairethinx und Affatomie, siehe dazu: VON SCHWERIN, a.a.O., § 103, S. 317; CONRAD, a.a.O., S. 559 f. SCHÖNFELD, a.a.O., SZ (germ.) 42, S. 248.

Rechts entwickelt und verbreitet. Eine Teilungsanordnung oder etwas Vergleichbares kannte daher das deutsche Recht ursprünglich nicht.[44]

d) Anders war es im römischen Recht. Hier konnte der Erblasser das Schicksal seines Vermögens über den Tod hinaus bestimmen. Mit der Testierfreiheit war für ihn die Befugnis verbunden, Vermögensstücke den einzelnen Erben von Todes wegen zuzuweisen.[45] Diese Verteilung des Nachlasses, an die der Nachlaßrichter normalerweise gebunden war, konnte ursprünglich formlos geschehen.[46] Als später die formlosen Fideicommisse unzulässig wurden,[47] mußte die Teilung im Testament oder Codizill getroffen werden. Nur dem Vater wurde für die Teilung unter seinen Kindern im Jahre 321 von Konstantin die Form des Aufsatzes in L 1 C Theod. fam. herc. (II 24) gestattet;[48] dies hat C 3, 36 übernommen.

Inhalt dieser Teilungsvorschrift konnten nur Bestimmungen für die Verteilung der Nachlaßgegenstände unter die einzelnen Erben sein,[49] aber nicht Bestimmungen über die Art und Weise der Teilung selbst; denn dafür mußte immer das vorgeschriebene Verfahren eingehalten werden.

Aber trotz dieses gegenüber der heutigen Teilungsanordnung bestehenden Unterschiedes im Inhalt ist die Ausgestaltung und Aufgabe der Teilungsanordnung derart konzipiert, daß sich alle Verschiedenheiten zwischen der römischen divisio und der Teilungsanordnung des BGB nur als Weiterentwicklung des römisch-rechtlichen Gedankens erweisen.

Aus dem römischen Recht gelangte diese Institution in das Gemeine Recht.

---

44) Ebenso STEDLER, a.a.O., § 7, S. 34.

45) SEIDL, Römisches Privatrecht, 1963, § 47, I, Rd. Nr. 668, S. 240. D X, 2, 33; D X, 2, 29, 1 (intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonia inter liberos divisit ita, ut longe amplius filio quam filiae relinqueret); D X, 32 (quae pater inter filios non divisit); D X, 33; D XXXI, 77, 8; D XXXIV, 9, 15 (itaque si bonorum inter heredes divisionem defunctus codicillis fecerit); D XXVIII, 5, 35, pr.

46) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 44, S. 329, Bd. 45, S. 231; STENGER, a.a.O., S. 8, 9; STEDLER, a.a.O., § 1, S. 10.

47) KOHLER, a.a.O., AcP 91, S. 312 f.

48) KOHLER, a.a.O., AcP 91, S. 312 f; MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 45, S. 230 f.

49) STENGER, a.a.O., S. 40.

Hier wurde sie dadurch erweitert, daß Bestimmungen über die Art und Weise der Teilung gestattet wurden. Von dort übernahmen sie die Partikularrechte, die die Zulässigkeit eines Teilungsverbotes herauszubilden begannen. Diese weiterentwickelte Teilungsanordnung wurde schließlich vom BGB rezipiert. Im Gegensatz zu dem Gemeinen Recht und den partikulären Rechten steht dem Erblasser aber nur noch eine Teilungsanordnung zur Verfügung. Die Teilung der Eltern unter ihren Kindern bildet keinen Sonderfall mehr und ist dementsprechend nicht mehr privilegiert. Diese Gleichstellung aller Testatoren ist darauf zurückzuführen, daß die Vorstellung eines der Familie gehörenden Vermögens, für das der Einzelne nur eine Art Treuhänder ist, im Laufe der Zeit mehr und mehr geschwunden ist. Solange diese Auffassung noch herrschend war, begünstigte man folgerichtig die Teilung der Eltern unter den Kindern, da durch diese Verfügung das Gut in der Familie blieb, während man die anderen Teilungsanordnungen erschwerte, um das Ableiten des Vermögens in andere Hände als die der nächsten Familie zu verhindern. Dem entspricht auch die ständige Erleichterung der Testamentsformen.

2. DAS VORAUSVERMÄCHTNIS

a) Bei der Suche nach einem dem Vorausvermächtnis entsprechenden Institut stößt man im Gemeinen Recht auf das Praelegat,[50] auch Vorausvermächtnis genannt. Man verstand darunter "ein Vermächtnis, mit welchem ein Teilerbe, oder einige, oder alle Erben honoriert sind, und durch welches die ganze Erbmasse, also auch der Honorierte selbst als Erbe belastet ist"[51] oder

---

50) Die Bezeichnung Praelegat ist eine Schöpfung des Gemeinen Rechts. Sie ist abgeleitet von praelegare, das die römischen Quellen verwenden. Vgl. dazu ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 22 ff.; GÖSCHEN, a.a.O., § 1009, I, S. 571.

51) VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 142. Vgl. auch ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 26; KRETSCHMAR, Die Natur des Praelegates nach römischem Recht, 1874, S. 1; SINTENIS, a.a.O., § 210, S. 688; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 627, S. 582.

"quod extra partem hereditariam heredi praecipuum datur de communi pecunia".[52]

Der Erblasser mußte das Praelegat in einem Testament oder Codizill[53] hinterlassen. Dabei war die Wortwahl für die Art der Verfügung ohne Bedeutung.[54] Das Praelegat konnte als Damnations- oder Vindikationslegat errichtet werden. Auch der Gebrauch der Fideicommißform war gestattet.[55]

Im Gemeinen Recht war die Erbengemeinschaft, die vom Erbfall bis zur Auseinandersetzung bestand, eine Bruchteilsgemeinschaft. Daraus folgt, daß der Erbe, sobald er die Erbschaft angenommen hatte,[56] an jedem Erbschaftsgegenstand entsprechend seiner Erbquote beteiligt war.[57]

War der Erbe mit einem Vermächtnis bedacht, was allgemein als zulässig erachtet wurde, so gehörte ihm daher auf Grund seines Erbrechts bereits der Teil des Vermächtnisgegenstandes, der seinem Erbteil entsprach. Wurde etwa einem von 4 Miterben ein Haus vermacht, so war der Bedachte durch die Annahme der Erbschaft schon zu einem Viertel Eigentümer dieses Hauses. Da aber niemand die Gläubiger- und Schuldnerposition in sich vereinen und zudem das Eigentum nicht ganz oder teilweise aus mehrfachem Grund erworben werden konnte - wenn das Praelegat einen Erbschaftsgegenstand zum Inhalt hatte - , war das Praelegat in Höhe der Erbquote des Bedachten - im Beispiel also zu

---

52) CUJACIUS, Comm. in Digestos 33, 4 ad leg. 14, zitiert bei VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 22. -
Nach MATTHIAE, a.a.O., S. 57, Praelegat, traf SCHWEPPE, Rechtsgeschichte, § 499, eine Unterscheidung zwischen einem Praelegat, das den Miterben auferlegt ist, und der Praeceptio, die a media hereditate genommen ist. KRETSCHMAR, a.a.O., S. 198, ist der Ansicht, daß sie kein normales Praelegat sei. Vgl. auch SCHÜTZE, Exegetische Studien aus dem Civilrechte, I: Zur Lehre von der sog. Transmission der Praelegate, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, III, 1859, S. 424.
Da die Unterscheidung für die hier zu behandelnde Frage ohne Bedeutung ist, braucht sie nicht weiter vertieft zu werden.

53) Über dessen Inhalt und Form vgl. WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 628, S. 586 ff.

54) Vgl. VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 16.

55) ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 38 f.

56) WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 530, S. 194.

57) DERNBURG, Pandekten, § 175, S. 358 ff.

einem Viertel - unwirksam.[58] Der Praelegatar erhielt nur den Teil des Vermächtnisses, iure legati, der ihm noch nicht kraft Erbrechts zugefallen war; was ihm ungültig vermacht worden war, was ihm aber bereits als Erbe gehörte, behielt er iure hereditario. Das bedeutete für das Beispiel oben, daß er drei Viertel des Hauses iure legati erhielt; ein Viertel war ihm zwar als Vermächtnis ungültig hinterlassen worden, aber dies gehörte ihm schon iure hereditario. Der Bedachte erwarb das Praelegat somit iure duplice.[59] Dies galt aber nur, wenn ihn die Erfüllung des Vorvermächtnisses mitbelastete. Für die Gültigkeit eines Praelegates war daher entscheidend, ob der Bedachte im Einzelfall mitbeschwert war (Praelegat im engeren Sinne) oder ob nur die Miterben damit bela-

---

58) VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, § 523, Anm., S. 418; KOEPPEN, a.a.O., § 108, III, S. 704; ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 70 ff., 156 f.; DERNBURG, Pandekten, § 115, S. 236; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 627, S. 583. Einschränkend BRINZ, a.a.O., § 23, a, Anm. 2, S. 386, der den Grund von der Unvereinbarkeit der Gläubiger- und Schuldnerstellung als alle Fälle der teilweisen Ungültigkeit deckend betrachtete und es ablehnte, die Nichtigkeit darauf zurückzuführen, daß Eigentum nicht aus mehrfachem Grund erworben werden könne.

59) Dies ist seit der Glosse allgemein anerkannt. DONELLI, Comm. 7, 5 (zitiert bei VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 342): "In hoc legato duae sunt partes quarum una est hereditaria, altera non hereditaria. Hereditaria est, quam heres capit iure hereditario, id est pro ea parte ex qua heres est, habiturus eam, etsi de re tota nihil illi legatum esset, quae ideo ei a semetipso inutiliter relinqui dicitur. Altera ei est non hereditaria quippe quiam si nihil amplius esset, quam pro heres non haberet, est enim coheredes. Nunc ideo fit eius, cui legata est, quia legata est a coherede, quam ideo a coherede accipere dicitur, et accipere iure legati".
Von den Älteren soll nach ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 77 f., NIETO, De praelegatis, cap. III, § 2 sq., in Anlehnung an das Praeceptionslegat, das er als das eigentliche Praelegat betrachtete, behauptet haben, der Praelegatar erhalte den Teil in Höhe seiner Erbportion zugleich iure hereditario und iure legati. Einen ähnlichen Gedanken soll noch CLAUSSEN, in Juristische Zeitschrift, herausgegeben von dem Schleswig-Holstein-Lauenburgischen Advokatenverein, Jahrgang 1845, S. 150 ff., vertreten haben. Er soll der Ansicht gewesen sein, daß das Praelegat in jeder Beziehung nach dem allein entscheidenden Willen des Erblassers in vollem Umfange als Legat gelte, auch die Billigkeit führe stets zur Gültigkeit von Anfang an.

stet waren (Praelegat im weiteren Sinne). Im letzteren Fall traten die typischen Konsequenzen des Praelegats im engeren Sinne nicht ein, sondern es entsprach einem gewöhnlichen Legat. [60] Die Bezeichnung Praelagat wurde nur für ein Praelegat im engeren Sinne verwandt.

Der Praelegator mußte gesetzlicher oder testamentarischer Erbe sein. Streitig war, ob er Miterbe sein mußte oder ob auch einem Alleinerben ein Praelegat hinterlassen werden konnte. [61] Gegenstand des Praelegats konnte alles sein, was zulässiger Inhalt eines Vermächtnisses war. [62]

Geltend gemacht wurde das Praelegat sowohl mit den Rechtsbehelfen, die dem Bedachten in seiner Eigenschaft als Legatar zustanden, als auch mit denjenigen, die er als Erbe hatte. Dazu gehörten z. B. die personalis actio ex testamento, die fideicommissi vel legati petitio, die rei vindicatio und die hereditatis petitio. [63] Die bedeutendste actio des Praelegatars war die actio familiae erciscundae. [64]

Schlug der Bedachte die Erbschaft aus, so erhielt er trotzdem das Vermächtnis, und zwar auch den Teil, der ihm ungültig vermacht gewesen wäre, wenn er die Erbschaft angenommen hätte. Dieses Ergebnis war für das Gemeine Recht allgemein anerkannt, nur die Begründung war kontrovers. Im wesentlichen stan-

---

60) Vgl. GÖSCHEN, a.a.O., § 1009, I, S. 571; VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, § 523, Anm. S. 418; ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 12. - Streitig war nur, ob der Bedachte ein solches Vermächtnis mit der actio familiae erciscundae realisieren konnte. Dafür: VON BUCHHOLTZ, a.a.O, S. 147 ff.; VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, § 523, Anm. S. 418; VERING, Römisches Erbrecht, 1861, S. 683; KOEPPEN, a.a.O., § 108, Anm. 2, S. 704. Dagegen: ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 16 ff.

61) Bejaht von NIETO, a.a.O., cap. III, und MEERMANNI, Thesaur. VII, S. 656 ff. (beide zitiert bei ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 27, Anm. 32); VON DER PFORDTEN, De praelegatis, 1832, S. 13 f.; KOHLER, Parteiwille und Rechtssatz im Testament, AcP 90 (1900), S. 119. - Verneint von ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 27; VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 156.

62) Vgl. dazu ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 47; VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 223, 228. - Streitig war, ob auch fremde Sachen praelegiert werden konnten. Vgl. ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 47 ff.; VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 361; VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, § 523, S. 421.

63) VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 331.

64) ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 16; VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 302; KRETSCHMAR, a.a.O., S. 200 f.

den sich zwei Theorien gegenüber. Nach der sog. Evaneszenztheorie [65] war das Praelegat ursprünglich gültig und wurde erst teilweise nichtig, wenn der Bedachte die Erbschaft annahm. Wurde er nicht Erbe, so blieb das Praelegat gültig. Demgegenüber betrachtete die sog. Convaleszenztheorie [66] den Teil des Praelegats, den der Bedachte iure hereditario bekam, als von Anfang an unwirksam. Sie fügte aber jeder Anordnung eines Praelegats die stillschweigende Bedingung bei, der Bedachte solle das ganze Vermächtnis iure legati bekommen, wenn er nicht Erbe werde. [67]

War ein Praelegat mehreren Erben gemeinsam vermacht, und hatte der Erblasser nichts über dessen Teilung bestimmt, so wurde es nach herrschender Meinung gleichmäßig unter den Erben geteilt. [68] War der Erbe zugleich mit Nichterben mit einem Vermächtnis bedacht, so wuchs der dem Erben ungültig vermachte Teil den Collegataren an. [69] Starb der Praelegatar nach dem Testator, aber vor Annahme der Erbschaft, so erhielten seine Erben nur den Teil des Legats, den die Miterben zu entrichten hatten, nicht aber den, den der Bedachte iure hereditario erhalten hätte, da er ja nicht Erbe geworden war.

---

65) COLLECTIONIS NOVAE CONSILIORUM JUDICORUM TUBINGENSIUM, Vol. I, 1730, cons. 105, 16; KUNTZE, Cursus des römischen Rechts, 1869, 1. Bd., § 928, S. 732; KOEPPEN, a.a.O., S. 704; BRINZ, a.a.O., § 423, a, Anm. 4, S. 386 f.; ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, S. 92 ff., 103 f. (KUNTZE und KOEPPEN vertreten diese Theorie in modifizierter Form).

66) SINTENIS, a.a.O., § 210, S. 688; KRETSCHMAR, a.a.O., S. 233 ff. (insbesondere S. 237); VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, § 523, Anm. IV, S. 429 ff; VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 188 ff.; VERING, a.a.O., S. 686 f.; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 627, Anm. 6, S. 583.

67) Ob diese Bedingung eine praesumptio, letztwillige Anordnung oder eine repetitio legati war, war unter den Anhängern der Convaleszenztheorie streitig.

68) Anerkannt von VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 400 ff.; BRINZ, a.a.O., § 423, a, Anm. 6, S. 388; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 625, 2; und andere.
A. A. VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, § 523, Anm. I, B, 2, c, S. 425.

69) Das Akkreszenzrecht - Beispiele dazu bei VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten § 523, I, B, S. 422 ff. - wurde im Gemeinen Recht heftig bekämpft. Vgl. DERNBURG, Pandekten, § 116, S. 238 f.; HOLZSCHUHER, a.a.O., Prälegat XVI, S. 64; ARNDTS in GLÜCK Bd. 47, S. 170 ff.; VERING, a.a.O., S. 685.
Es wurde z. B. von VANGEROW, Von dem Anwachsungsrecht bei Praelegaten, AcP 35 (1852), S. 285, und im Lehrbuch der Pandekten, § 523, Anm. I, B, S. 422 ff. verteidigt.

Das Gemeine Recht kannte somit im Praelegat ein Rechtsinstitut, das in vielem unserem Vorausvermächtnis entsprach. Die Verschiedenheiten zwischen den beiden [70] gründen allein darauf, daß das Praelegat iure duplice, das Vorausvermächtnis dagegen auf Grund der Fiktion in § 2150 nur als Legat erworben wird.

b) Die meisten Partikularrechte kannten das Praelegat ebenfalls.

Das preußische ALR regelte das Praelegat [71] abweichend vom Gemeinen Recht in § 262, I, 12:

> Ist einem der Miterben vor den Übrigen eine bestimmte Sache oder Summe vorausbeschieden worden, so wird er in Ansehung dessen als ein Legatar behandelt.

Nach der Rechtsprechung [72] und Lehre [73] zum ALR besagte diese Bestimmung, daß der Bedachte zugleich Legatar und Erbe war. Er mußte aber zu dem Praelegat einen seiner Erbquote entsprechenden Teil beitragen. [74] Das Praelegat war auf den Pflichtteil anzurechnen gemäß § 396, II, 2 ALR; bei der Ausgleichung wurde es nicht berücksichtigt. [75]

Das ALR ging mit der Regelung des Vorvermächtnisses eigene, vom Gemeinen Recht unabhängige Wege. Es hatte dessen Schwierigkeiten, die aus dem ius duplex des Praelegaterwerbs herrührten, mit Hilfe der Fiktion in § 262, I, 2 ALR beseitigt. Damit stellt sich das Vorvermächtnis des ALR, das auch in seiner Ausgestaltung unserem § 2150 ähnelte, als ein Vorläufer des jetzigen Vorausvermächtnisses dar.

---

70) Dazu KRETZSCHMAR, Das Vorausvermächtnis, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 1922, S. 4.

71) Dessen Gegenstand konnte auch eine Handlung sein, vgl. FÖRSTER-ECCIUS, Preußisches Privatrecht, 4. Bd., 7. Aufl., 1897, § 252, Anm. 21, S. 424.

72) OTr 15, 188, RE II, S. 473 ff. (S. 475); OTr 11, 276, RE S. 903 ff. (S. 905).

73) FÖRSTER-ECCIUS, a.a.O., § 252, S. 424; ROSENBAUER, a.a.O., § 2, S. 16.

74) FÖRSTER-ECCIUS, a.a.O., § 252, S.424 f.; OTr 11, 276 ff. bei Rehbein II 495

75) Zur Geltendmachung des Praelegats vgl. FÖRSTER-ECCIUS, a.a.O., § 274, S. 619; ENGEL, Das Vorausvermächtnis, 1911, S. 22.

Neben dem österreichischen ABGB kannte auch der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis ein im vollen Umfang gültiges Praelegat in § 5, III, 6.[76] Der Bedachte erhielt aus dem ungeteilten Nachlaß das ganze Vermächtnis.[77] Dies galt jedoch nicht für einen Alleinerben, dem ein Vermächtnis überhaupt nicht hinterlassen werden konnte.[78]

Das württembergische Landrecht enthielt keine Bestimmungen für das Praelegat. Hier galt insoweit das Gemeine Recht.[79]

Auf dem Boden des Gemeinen Rechts stand auch die Regelung des Praelegats im sächsischen BGB von 1863.[80] Sie stimmte mit der des Gemeinen Rechts vollkommen überein.[81]

c) Inwieweit der deutsch-rechtliche Voraus als Vorläufer des heutigen Vorausvermächtnisses anzusprechen ist, kann dahinstehen, da sich der Gesetzgeber des BGB von den Ideen des römischen Erbrechts und der von diesem beeinflußten Partikularrechte hat leiten lassen.[82]

d) Das dem Vorausvermächtnis ähnliche Praelegat des Gemeinen Rechts ist römisch-rechtlichen Ursprungs. Die Digesten enthielten für den Testator die Möglichkeit, seine Erben mit einem Vermächtnis zu bedenken, z. B.

---

76) Bay LR § 5 Nr. 3, III, 6, zitiert nach ROTH, a.a.O., § 318, Anm. 21, S. 406: Ist der instituierte Erbe ebenfalls nicht fähig, ein Legat zu empfangen, es sei denn, daß er nicht allein Erbe ist, sondern Miterben hat; denn da kann ihm ein Praelegat, das ist, ein solches Legat vermacht werden, welches er in der Theilung voraus hat.

77) VON KREITTMAYR AUF OFFENSTETTEN, a.a.O., Theil 6, Kap. 4, S. 601 f; S. 602: "allein unser Codex nimmt die Sache natürlicher, und statuiert, cit. n. 4, daß Praelegatarius das ganze Praelegat bei der unvertheilten Erbs-Masse zu erheben, und an seinem sonstigen Erbtheile keinen besonderen Abzug deswegen zu leiden habe". ROTH, a.a.O., § 318, II, 4, S. 406.

78) VON KREITTMAYR AUF OFFENSTETTEN, a.a.O., Theil 6, Kap. 4, S. 601 f.

79) STEIN-KÜBEL, a.a.O., § 169, S. 192 f.; VON WEISHAAR, Handbuch des Württembergischen Privatrechts, 2. Teil, 3. Aufl., 1833, § 933, S. 417 f.

80) § 2401 sächs. BGB: Das einem Miterben aus der Erbschaft hinterlassene Vermächtnis gilt bloß insoweit als Vermächtnis, als es auf den Erbteilen der Miterben lastet. Vgl. auch §§ 2402 (Akkreszenz), 2403 (Ausschlagung) sächs. BGB.

81) Zum weiteren Nachweis von Partikularrechten, die eine Regelung des Praelegats enthielten, sei auf STEDLER, a.a.O., § 8, S. 35, verwiesen.

82) Motive bei MUGDAN, S. 73.

in D XXX, 87 (Papinian): "Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque relinquit"; oder in D X, 2, 39, 4 (Scaevola): "Duos filios scripsit heredes et certos homines unicuique eorum praelegavit".[83]

Der Erblasser konnte seinen Erben Vermächtnisse in sämtlichen Legatsformen, z. B. als Damnations-, Vindikations-, Praeceptionslegat oder als legatum sinendi modo,[84] und als Fideicommiß hinterlassen.[85] Als Grundsatz galt in den Digesten, daß ein Vermächtnis nur insoweit gültig errichtet werden konnte, als es nicht auf dem Erbteil des Bedachten ruhte, so z. B. in D XXX, 18 (Julian), D XXX, 34, 11 (Ulpian),[86] D XXX, 116, 1 (Florentinus),[87] D XXXI, 75, 1 (Papinian).[88] Soweit das Vermächtnis auf dem Erbteil des Bedachten ruhte, war es "inutiliter legatum"; denn "heredi a semet ipso legari non potest".[89]

Auf wen diese Lehre von der teilweisen Ungültigkeit zurückgeht, ist streitig. Die einen behaupten, sie sei eine Erfindung JULIAN's;[90] die anderen führen sie auf die "veteres" zurück.[91] Beide Ansichten stimmen aber darin überein, daß erst unter dem Einfluß des Byzantinismus die bekannten Konsequen-

---

83) Weitere Stellen finden sich z. B. in D XXX, 17, 2; D X, 2, 4, pr.; D X, 2, 22, 1; D X, 2, 28. Die Wortwahl wechselte. Neben praelegare wurde auch legare und praecipere verwendet.

84) Vgl. ROSENBAUER, a.a.O., § 1, S. 9, mit Quellennachweisen.

85) Seit dem SC Neronianum wurde versucht, wenn die Form Mängel aufwies, das Vermächtnis in einer anderen Legatsform aufrechtzuerhalten.

86) VON LÜBTOW, a.a.O., SZ (rom.) 68, S. 520 f.; BESELER, Miszellen, SZ (rom.) 45, S. 473.

87) VON LÜBTOW, a.a.O., SZ (rom.) 68, S. 522 f.

88) VON LÜBTOW, a.a.O., SZ (rom.) 68, S. 519; a. A. BESELER, Zur Lehre vom Praelegat, SZ (rom.) 49, S. 155.

89) Daraus wurde - wie später im Gemeinen Recht - gefolgert, daß z. B. auf die Erben des Bedachten, der nach dem dies cedens, aber vor Antritt der Erbschaft starb, nur der Teil des Praelegats übergehen konnte, den die Miterben dazu beizutragen hatten. Der Teil, den der Bedachte selbst hätte leisten müssen, verblieb bei den an seine Stelle tretenden Ersatzerben. So z. B. D XXXI, 75, 1 (vgl. dazu oben Fußnote 88). Zu der Frage, ob es ein Anwachsungsrecht gab, vgl. D XXX, 34, 11; VON LÜBTOW, a.a.O., SZ (rom.) 68, S. 520 f.

90) ROSENBAUER, a.a.O., § 1, S. 12 f.; KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 355.

91) VON LÜBTOW, a.a.O., SZ (rom.) 68, S. 512, 520, Anm. 8.

zen aus der formalen Ungültigkeit gezogen wurden.[92] Für die Klassiker des römischen Rechts ergab sich aus der für sie rein formalen, teilweisen Ungültigkeit des dem Erben hinterlassenen Vermächtnisses nur, daß der Bedachte die Zuwendung mit der actio familiae erciscundae herausverlangen konnte.[93]

Bekannt war das einem Erben gewährte Legat auch schon dem vorklassischen Recht. So schreibt z. B. PLINIUS d. Ält.: "Piso Frugi filium ex privata pecunia donavit (scil. corona) eamque coronam testamento ei praelegavit".[94]

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß die Römer ein dem heutigen Vorausvermächtnis entsprechendes Institut kannten. Seine Ausgestaltung braucht im einzelnen nicht untersucht zu werden, da die gemeinrechtliche Regelung ihm im großen und ganzen entsprach. Es kann daher auf das dort Ausgeführte verwiesen werden.[95] Das vorjustinianische Recht kann unberücksichtigt bleiben, da eventuell vorhandene Abweichungen vom justinianischen Recht keinen Einfluß auf die spätere Entwicklung gehabt haben.

Unser Vorausvermächtnis hat demnach seinen Ursprung im römischen Recht und gelangte von dort in das Gemeine Recht.[96] Vom römischen und Gemeinen Recht übernahmen es die Partikularrechte. Die neueren Kodifikationen zogen jedoch zum Teil aus der teilweisen Unwirksamkeit des Praelegats keine Folgerungen. Ob dies in Anlehnung an den deutsch-rechtlichen Voraus geschehen ist, wie UNGER meint,[97] kann dahingestellt bleiben, da das Vorausvermächtnis selbst nicht aus dem deutschen Recht kommt. Über das Gemeine Recht gelangte das Vorausvermächtnis in das BGB. Dieses hat sich aber auch die "natürliche Auffassung"[98] des bayerischen Landrechts und des ALR zu eigen gemacht und

---

92) VON LÜBTOW, a.a.O., SZ (rom.) 68, S. 513, 517.

93) VON LÜBTOW, a.a.O., SZ (rom.) 68, S. 520; KOHLER, a.a.O., AcP 91, S. 347 f.

94) PLINIUS d. Ält., Historia naturalis, lib. 33, cap. 11.

95) Vgl. oben S. 28 ff.

96) BERNSTEIN, Zur Lehre vom römischen Voraus, SZ (rom.) 15 (1894), S. 143, betrachtet das Praelegat als: "abschreckender Typus juristischer Logik". KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 312, findet, daß das "Vorausvermächtnis in der römischen Scholastik zu widerwärtiger Spitzfindigkeit ausgeartet" ist. RABEL, Grundzüge des Römischen Privatrechts, 2. Aufl., 1955, S. 237, Anm. 4, beurteilt die Lehre vom Praelegat als "Orgien der Spitzfindigkeit".

97) UNGER, a.a.O., § 55, Anm. 11, S. 257.

98) VON KREITTMAYR AUF OFFENSTETTEN, a.a.O., Theil 6, Kap. 4, S. 602.

dadurch die teilweise unerfreulichen Konsequenzen der gemeinrechtlichen Theorie vermieden.

3. ERGEBNIS DER HISTORISCHEN UNTERSUCHUNG

Als Ergebnis kann man somit feststellen, daß die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis beide aus dem römischen Rechtskreis stammen. Die Hypothese, es handle sich um die verschiedenen Rechtskreisen angehörenden Varianten des gleichen Rechtsgedankens, bestätigt sich also nicht.

IV. DIE TEILUNGSANORDNUNG BZW. DAS VORAUSVERMÄCHTNIS ALS SAMMELBEGRIFF MEHRERER VORAUSVERMÄCHTNISSE BZW. TEILUNGSANORDNUNGEN

Da sich die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis in ihrem tatsächlichen Erscheinungsbild ähneln können, stellt sich die Frage, ob sie in solchen Fällen auch Ausdruck des gleichen Rechtsgedankens sind, d. h., ob z. B. eine Teilungsanordnung in mehrere Vorausvermächtnisse aufgelöst werden kann oder ob sich vielleicht das Vorausvermächtnis aus mehreren Teilungsanordnungen zusammensetzt. Kurz nach Inkrafttreten des BGB wurden in der Literatur beide Möglichkeiten erörtert. Beide fanden ihre Befürworter.

1. DIE TEILUNGSANORDNUNG ALS ZUSAMMENFASSUNG MEHRERER VORAUSVERMÄCHTNISSE (WERTHEIM)

Einen Zusammenhang zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis glaubt HEDWIG WERTHEIM [1] nachweisen zu können. Nach ihrer Ansicht soll die Teilungsanordnung ein Komplex mehrerer von einander abhängiger Vorausvermächtnisse sein. Als Indiz für ihre These führt sie die historische Auffassung von der Teilungsanordnung an. Mit Recht weist sie darauf hin, daß die Teilungsanordnung des BGB im wesentlichen mit der des Gemeinen und preußischen Rechts übereinstimmt. Sodann behauptet sie, in den vor 1900 geltenden Rechten sei die Teilungsanordnung stets als eine Reihe mehrerer Praelegate aufgefaßt worden. Da sich an den Voraussetzungen eines Damnationslegates nichts geändert habe, sei, so schließt sie weiter, die Teilungsanordnung auch nach heutigem Recht als eine Reihe wechselseitiger Vorausvermächtnisse zu qualifizieren. Dieses historische Indiz kann aber nur dann so schlüssig sein, wie sie meint, wenn die früheren Juristen in der Teilungsanordnung wirklich Praelegate gesehen haben. Das war aber nur zum Teil der Fall.

Im Gemeinen Recht war die Rechtsnatur der Teilungsanordnung

1) HEDWIG WERTHEIM, Die rechtliche Natur einer letztwilligen Teilungsanordnung, 1925, III, § 8, S. 37.

nicht unbestritten. Die Mehrzahl der Juristen [2] faßte zwar die divisio und die divisio parentum inter liberos als Praelegate auf.[3] Einige aber betrachteten sie nur insoweit als Praelegat, als die Zuweisung bestimmter Sachen die Erbportion überstieg.[4] Teilweise wurde auch die Qualifizierung der divisio von der Absicht des Erblassers abhängig gemacht.[5] Hatte dieser die Intention, Prälegate zu errichten, so sollten die einzelnen Zuweisungen Praelegate sein. Wollte er ein Geschäft der Erbteilung vornehmen, dann sollte es sich um eine reine Teilungsanordnung ohne Vermächtnischarakter handeln. Wieder andere hielten es für ganz unmöglich, daß durch eine divisio parentum inter liberos Praelegate angeordnet wurden.[6] KRETSCHMAR [7] sah gar in der divisio eine materielle Praeceptio.

---

2) Dazu gehören: VOET, a.a.O., lib. X, tit. II, 1, S. 631 f.; THIBAUT, a.a.O., tit. II, § 846, S. 368; BACHOFEN, Das Römische Pfandrecht, 1. Bd., 1847, S. 129, Anm. 11; VERING, a.a.O., S. 683 f., Anm. 5; ARNDTS in GLÜCK, Bd. 47, Anm. 11, S. 62; SEUFFERT, a.a.O., § 605, Anm. 2, S. 316; VANGEROW, a.a.O., § 523, Anm. I, A, 3, S. 421; WÄCHTER, a.a.O., § 306, I, S. 773; KOEPPEN, a.a.O., § 40, Anm. 6, S. 243; § 71, II, b, S. 451; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., § 608, Anm. 16, S. 502. Auch GAILL, Practicarum observationum tam ad processum judiciarum praesertim imperalis camerae quam causarum decisiones pertinentium, 1697, lib. II, obs. CXV, 1, S. 525, gehört entgegen der Ansicht STENGER's, a.a.O., S. 99, zu dieser Gruppe. OG Wolffenbüttel, SeuffA 36, S. 68.

3) Die Vertreter dieser Ansicht zogen natürlich auch die Konsequenzen der Praelegate.

4) HÖPFNER, Theoretisch praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuester Ausgabe, 8. Aufl., 1818, lib. II, tit. XI, § 460, Anm. 2, S. 493; DERNBURG, Pandekten, § 87, 2, S. 170; Zum weiteren Nachweis derer, die in der ungleichen divisio parentum inter liberos Praelegate sahen, vgl. MATTHIAE, a.a.O., div. p. i. l., III, S. 131; WERTHEIM, a.a.O., § 3, Anm. 1, S. 13; MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 42, Anm. 97, S. 241.

5) GLÜCK, Bd. 11, S. 109 f.; wohl auch SINTENIS, a.a.O., § 188, Anm. 22, S. 516; weitere Nachweise bei WERTHEIM, a.a.O., § 3, Anm. 3, S. 13.

6) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 42, S. 240 f.; Bd. 45, S. 80 und Anm. 90; VON BUCHHOLTZ, a.a.O., S. 239 ff.; vgl. ferner MATTHIAE, a.a.O., div. p. i. l., III, S. 131.

7) KRETSCHMAR, a.a.O., S. 83 ff., zur materiellen Praeceptio vgl. S. 127.

Die gleiche Streitfrage trennte auch die Juristen des preußischen Rechts. Die einen sprachen sich dafür aus, daß die Teilungsanordnung des Erblassers als Praelegat zu qualifizieren sei und daß man keinen Unterschied machen könne, ob der Erbe die Zuwendung auf oder neben seinem Erbteil erhalte.[8] Die anderen vertraten dagegen die Ansicht, Zuwendungen, die der Erbe auf Grund einer divisio parentum inter liberos erhalte, könnten keine Praelegate sein, sondern bedeuteten nur eine nähere Ausgestaltung des Erbteils.[9]

In den römischen Quellen fällt auf, daß für Teilungen durch den Erblasser die Ausdrucksweise benutzt wurde, "pater divisionem legando fecit"[10] oder daß die Erben die zugewiesenen Sachen "vice praeceptiones"[11] erhielten[12] oder daß es heißt, die divisio geschehe "verbis legatorum".[13] Dies zeigt, daß die Römer die Verteilung der einzelnen Nachlaßgegenstände wie Legate regelten.[14] Daraus könnte man schließen, daß die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis ursprünglich im römischen Recht identisch waren und erst im Laufe der Zeit verschiedene Funktionen erlangten.

Ob man nun mit KRETSCHMAR,[15] HÖLDER,[16] BERNSTEIN[17] und KASER[18] der Ansicht ist, das Praeceptionslegat sei etwas anderes als das Praele-

---

8) FÖRSTER-ECCIUS, a.a.O., § 249, 6, Anm. 115, S. 382 f.; § 252, II, S. 425 und Anm. 26.

9) KOCH, ALR für die preußischen Staaten, 1853, § 264, I, 12, Anm. 28, S. 627; DERNBURG, Preußisches Privatrecht, S. 403, 471.

10) So z. B. in D 10, 2, 33

11) D 28, 5, 35

12) In diesem Fall handelte es sich zwar um eine institutio ex re certa; diese wurde aber wie eine unbeschränkte Erbeinsetzung mit Teilung behandelt.

13) D XXX, 90

14) MÜHLENBRUCH in GLÜCK, Bd. 44, Anm. 63, S. 329; KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 312 ff., 330 f.

15) KRETSCHMAR, Die Natur des Praelegates nach röm. Recht, 1874 S. 105 ff., S. 205 ff.

16) HÖLDER, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, 1881, S. 80.

17) BERNSTEIN, Zur Lehre vom römischen Voraus (Legatum per praeceptionem), SZ 15 (rom.), S. 26 ff. (1894).

18) KASER, Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts, SZ (rom.) 67 (1950), S. 356 f.

gat,[19] und erst die Prokulianer hätten die beiden Legatsformen miteinander verwechselt und sie deshalb verbunden, oder ob man mit KOHLER[20] und KÜBLER[21] eine zweispurige Entwicklung des Vorausvermächtnisses aus der praeceptio und dem Praelegat für ausgeschlossen hält und zwischen beiden keinen Unterschied macht - nach jeder Meinung gehört das Praeceptionselement zum Praelegat, so wie es das klassische römische Recht ausgebildet hat.[22] Dieses Praeceptionslegat diente dem Erblasser höchstwahrscheinlich dazu, Sachen, die seinem Vermögen nur formell angehörten, aus diesem auszuscheiden und demjenigen zuzuweisen, welchem sie bestimmungsgemäß zustanden.[23] Formell gehörte z. B. die Mitgift der Schwiegertochter, deren Mann ein Haussohn war, auf Grund der Hausgewalt zum Vermögen des Hausvaters, obwohl diese Mitgift für den Haussohn bestimmt war. Beim Tode des pater familias mußte sie daher an den Sohn fallen. Dazu war es nötig, daß die dos aus dem Familienvermögen ausgeschieden und dem betreffenden Sohn zugewiesen wurde. Dies geschah mit der praeceptio.[24] Aus dem Ausnahmecharakter dieser Vorschrift ergibt sich, daß sie einer Zeit angehören muß, in der der Erblasser noch nicht frei über sein

---

19) Im Gegensatz zum praelegare soll nach BERNSTEIN, a.a.O., SZ (rom.) 15, S. 37, das Gewähren eines Praeceptionslegats die Folge haben, daß der hinterlassene Teil außerhalb der Erbportion steht. Dieser Ansicht BERNSTEIN's, der KASER, Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts, SZ (rom.) 67, S. 356 f., und Das Römische Privatrecht, 1959, Bd. 1, § 28, II, 3, S. 98, gefolgt ist, hat heftige Kritik erfahren von HÖLDER, a.a.O., S. 82, KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 352, KÜBLER, Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur, SZ (rom.) 28 (1907), S. 180 f. und VON LÜBTOW, a. a. O., SZ (rom.) 68, Anm. 8, S. 513.

20) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 353 ff.

21) KÜBLER, a.a.O., SZ (rom.) 28, S. 180.

22) A. A. VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, § 523, Anm., S. 418.

23) Diese Ansicht vertreten z. B. HÖLDER, a.a.O., S. 80, BERNSTEIN, a.a.O., SZ (rom.) 15, S. 137 ff. (140), und KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 363.

24) Das praelegatum dotis findet sich in den Digesten z. B. in D X, 2, 20, 2; D X, 2, 51, pr; D XXXIII, 4, 1, 9; D XXXIII, 4, 1, 13; D XXXIII, 4, 2, pr; D XXXIII, 4, 7, 3; D XXXV, 2, 85.

Vermögen verfügen durfte und daher auch keine Erben einsetzen konnte.[25] Eine Teilungsanordnung - die divisio - konnte demgegenüber erst auftreten, nachdem der Erblasser die Testierfreiheit hatte, denn ohne diese bestand kein Bedürfnis, den Nachlaß in bestimmter Weise unter den Erben zu verteilen. Die Teilungsanordnung muß demnach jünger sein als die älteste Form des Vorausvermächtnisses. Ihre Aufgabe war ursprünglich von der des Vorausvermächtnisses völlig verschieden. Das Praelegat/praeceptio diente dazu, dem Erben bestimmte, ihm zustehende Gegenstände zuzuweisen - ein Anspruch aus dem Testament auf diese Gegenstände entstand erst später - , während die divisio die Nachlaßgegenstände aufteilte. Da das Vorausvermächtnis bereits den Weg dazu aufzeigte, bestimmte Gegenstände einzelnen Erben zuzuwenden, konnte man sich einfach an dessen Form anlehnen, als das Bedürfnis für die divisio auftrat. So läßt es sich erklären, daß es in den Quellen heißt, die divisio geschehe legando. Demnach glich die Teilungsanordnung im römischen Recht zwar in der Form dem Praelegat, ihre historischen Wurzeln lagen aber in einem anderen Bereich.

Die Qualifizierung der Teilungsanordnung als Vorausvermächtnis war somit weder im Gemeinen Recht noch im preußischen ALR unbestritten, während aus der Entwicklung beider Rechtsinstitute im römischen Recht insoweit nichts gefolgert werden kann. WERTHEIM's Ansicht, die historische Entwicklung sei ein Indiz für den Vermächtnischarakter der Teilungsanordnung, entbehrt somit einer gesicherten Grundlage.

2. DAS VORAUSVERMÄCHTNIS ALS ZUSAMMENFASSUNG MEHRERER TEILUNGSANORDNUNGEN (KOHLER)

Schon vor den Untersuchungen WERTHEIM's hatte sich KOHLER[26] mit dem Zusammenhang zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis beschäftigt. Er war der Ansicht, daß die erblasserische Teilung eine Verfügung sei, durch die das Miteigentum der Miterben derart dinglich gestaltet werde, daß diese die Teilung entsprechend den Anordnungen des Erblassers verlangen könnten.[27] Das

---

25) Vgl. dazu KASER, Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts, SZ (rom.) 67, S. 356 f.; BERNSTEIN, a.a.O., SZ (rom.) 15, S. 137 ff.

26) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 309 ff.

27) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 311 f., S. 333.

Gleiche solle auch ein Vorausvermächtnis bewirken. Nach KOHLER's Meinung [28] ist das Vorausvermächtnis kein Vermächtnis, sondern eine Teilungsbestimmung, da der Erblasser in ihm anordnet, die Teilung solle so geschehen, daß der Bedachte zu seinem Erbteil noch etwas zusätzlich erhält. Der Anspruch aus dem Vorausvermächtnis soll genau wie der aus der Teilungsanordnung dinglicher Natur sein. [29] Nur wenn er das Gewährleistungsrecht des Vorausvermächtnisnehmers bei der Zuweisung fremder oder verpfändeter Sachen durch den Erblasser betrifft, soll er insofern obligatorischer Art sein. [30] Der Unterschied des Vorausvermächtnisses zur Teilungsanordnung besteht nach KOHLER nur darin, daß bei dem Vorausvermächtnis erhebliches Vermögen ungeteilt bleibt, während die Teilungsanordnung den größten Teil des Nachlasses ergreift. Folgte man der KOHLER'schen Meinung, so müßte man das Vorausvermächtnis als einen Unterfall der Teilungsanordnung betrachten, das sich dementsprechend nach dem Recht der Teilungsanordnung und, von Ausnahmen abgesehen, nicht nach dem der Vermächtnisse richtet. Die Konsequenz dieser Lehre wäre, daß eine grundsätzliche Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis nicht möglich wäre und eine Unterscheidung zwischen den beiden Instituten könnte sich nur an der Masse des im Einzelfall verteilten Vermögens orientieren.

Entscheidend für die Auseinandersetzung mit der Meinung KOHLER's ist, daß er die Ansicht von der dinglichen Natur von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis vertritt. Angeblich soll er den Begriff "dinglich" nicht im herkömmlichen Sinne verwenden; [31] es findet sich aber kein Hinweis darauf, daß er ihn abweichend von der gebräuchlichen Terminologie verstanden wissen will. Dazu kommt, daß KOHLER expressis verbis erklärt, der Anspruch aus dem Vorausvermächtnis richte sich nicht nach § 2174, sondern der Vermächtnisnehmer habe "vielmehr an der ganzen Erbschaft, d. h. an allen Erbschaftssachen ein dingliches Recht, und zwar ein dingliches Recht mit dem Lösungsbestreben, daß ihm die bestimmte Sache in der Teilung zugewiesen wird". [32] Dies deutet darauf hin, daß KOHLER doch den Begriff der Dinglichkeit im üblichen Sinne verwendet.

---

28) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 347, S. 365.
29) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 365.
30) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 365.
31) STENGER, a.a.O., S. 80 f.; WERTHEIM, a.a.O., Anm. 2, S. 38; ROSENBAUER, a.a.O., § 3, S. 18.
32) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 365.

Die Dinglichkeitsthese KOHLER's fand jedoch keine Befürworter. Bereits in den Materialien zum BGB wurde es abgelehnt, die Ansprüche aus Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis dinglich auszugestalten.[33] Auch heute ist es einhellige Ansicht, daß Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis obligatorisch wirken.[34] Eine Ausnahme zeigt nur das einemAlleinvorerben zugewiesene Vorausvermächtnis; denn es fällt mit der Annahme der Erbschaft unmittelbar an den Vorerben, da es zu seinem Erwerb keiner Zustimmung oder Handlung bedarf. Damit scheidet der vermachte Nachlaßgegenstand zugleich aus der Nacherbmasse aus. Hier hat also das Vorausvermächtnis die Wirkungen eines Vindikationsvermächtnisses.[35] Von dieser Ausnahme abgesehen, wirkt das Vorausvermächtnis jedoch immer obligatorisch. KOHLER ist insofern Recht zu geben, als jeder unter einer Teilungsanordnung stehende Erbe und jeder Vorausvermächtnisnehmer ein dingliches Recht an dem gesamten Nachlaß hat. Aber diese dingliche Rechtsposition steht ihm nur deshalb zu, weil er Erbe ist, nicht aber, weil eine Teilungsanordnung besteht oder weil ihm ein Vorausvermächtnis hinterlassen ist. Allein auf Grund seiner Eigenschaft als Erbe ist auf ihn in Gesamthandsgemeinschaft mit den übrigen Miterben die Stellung des Erblassers in allen vererblichen Rechten übergegangen. Die Ansprüche aus der Teilungsanordnung und dem Vorausvermächtnis richten sich immer nur gegen die Miterben, sie beziehen sich beide nicht unmittelbar auf eine Sache und gewähren auch keine unmittelbare Herrschaft über eine Sache. Die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis können folglich - vom Sonderfall des Vorausvermächtnisses zugunsten eines Alleinvorerben abgesehen - kein dingliches Recht gewähren.

Schlägt der Vorausvermächtnisnehmer die Erbschaft aus, fordert er aber trotzdem das Vorausvermächtnis, so kann er dies nur mit dem gleichen obligatorischen Anspruch, den er vor der Erbschaftsausschlagung hatte, um das Vorausvermächtnis geltend zu machen, nicht aber, wie KOHLER meint, mit einem

---

33) Protokolle bei MUGDAN, S. 496.

34) Vgl. z. B. LANGE, a.a.O., § 27, V, 1, d, S. 272 und § 30, I, 3, S. 320; LEHMANN in STAUDINGER, § 2032, Bem. 4; KGJ 22, A 301 ff.; KGJ 32, A 305. Nur das OLG Colmar hat 1903 unter Berufung auf die §§ 1922, 1942 eine dingliche Wirkung der Teilungsanordnung vertreten (abgedruckt in ZBlfFG 4, 503). Diese Ansicht hat es bereits 1904 wieder aufgegeben (abgedruckt in OLG 9, 398 f.).

35) LANGE, a.a.O., § 27, V, 1, d, S. 272 und § 26, II, Anm. 5, S. 232 f.; MATTERN, Anmerkung in LM, § 1967, Nr. 1; BACKS, Testamentarische Beschränkungen des Erben im Erbschein, DFG 1940, S. 50; BGH, NJW 1960, 959.

besonderen, aus einem dinglichen hervorgegangenen obligatorischen Anspruch. KOHLER's Behauptung von der dinglichen Natur der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses ist also unzutreffend.

Mit dieser Feststellung ist jedoch seine These vom Vorausvermächtnis als Unterfall der Teilungsanordnung weder bestätigt noch widerlegt. Nach KOHLER's Ansicht ist das Vorausvermächtnis kein Vermächtnis. Es soll vielmehr dazu dienen, den Nachlaß in einer bestimmten Art und Weise zu teilen. Dies begründet er mit der geschichtlichen Entwicklung des Vorausvermächtnisses.[36] Er meint, die Römer hätten kein Vorausvermächtnis, sondern nur eine praeceptio gekannt, d. h. eine Anordnung teilenden Charakters. Diese könne aber kein Vermächtnis gewesen sein, weil der Bedachte ursprünglich nur die actio familiae erciscundae und nicht die Legatenklage zur Realisierung der Zuwendung habe benützen können.[37] Erst als die Prokulianer die Form der praeceptio auch anwendeten, wenn Nichterben bedacht wurden, seien die Römer dem Irrtum verfallen, etwas, was dem Erben zugewendet wurde, als Vermächtnis aufzufassen; man müsse daher zur ursprünglichen Konzeption zurückkehren.[38]

Selbst wenn diese geschichtliche Argumentation KOHLER's zutreffen sollte, so hat doch der angeblich seit rund 2000 Jahren bestehende "Irrtum" die Regelung des Vorausvermächtnisses im BGB bestimmt. Wie sich aus § 2150 ergibt, gilt das Vorausvermächtnis als Vermächtnis und ist daher den Vorschriften für Vermächtnisse unterstellt. Der Begriff des Vorausvermächtnisses, so wie ihn das BGB verwendet, ist das Ergebnis einer langen Entwicklung, wobei es gleichgültig ist, ob diese durch einen "Irrtum" ausgelöst wurde oder nicht. Es wäre dem Gesetzgeber unbenommen geblieben, diesen "Irrtum" durch eine positive Normierung zu berichtigen. Da das nicht geschehen ist, kann an dem Vermächtnischarakter des Vorausvermächtnisses nichts gedeutet werden. Zwar enthält jedes Vorausvermächtnis zugleich eine Anordnung über die Auseinandersetzung der Erbschaft, da der Nachlaß in der Weise geteilt werden muß, daß der Bedachte das Vorausvermächtnis erhält. Diese Nebenwirkung kann aber nicht die in der Legaldefinition festgelegte rechtliche Qualifikation des Vorausvermächtnisses beeinflussen.

---

36) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 368, S. 348 f.

37) Verzichtete der Erbe auf die Erbschaft und verlangte nur die Zuwendung, so nimmt KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 351, an, daß sich die Natur der Verfügung änderte und aus dem Erbteil ein Vermächtnis zugunsten eines Nichterben wurde.

38) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 363 ff.

Trifft aber die Prämisse nicht zu, daß das Vorausvermächtnis kein Vermächtnis sei, dann ist KOHLER's Theorie vom Vorausvermächtnis als Unterfall der Teilungsanordnung de lege lata nicht haltbar.[39]

39) Zu einer Änderung de lege ferenda in der von KOHLER gewollten Richtung vgl. KUETGENS, a.a.O., § 4, S. 13.

V. DIE TEILUNGSANORDNUNG UND DAS VORAUSVERMÄCHTNIS IM GELTENDEN RECHT

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, daß die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis nicht Ausdruck des gleichen Rechtsgedankens sind. Sie haben aber nichts darüber ergeben, welchen Inhalt diese beiden Rechtsinstitute haben, und ob ihre positive gesetzliche Ausgestaltung eine Abgrenzung überhaupt erforderlich macht. Um dies feststellen zu können, muß die Normierung der beiden Rechtsinstitute in allen ihren Auswirkungen verglichen werden.

1. FORMERFORDERNISSE FÜR DIE TEILUNGSANORDNUNG UND DAS VORAUSVERMÄCHTNIS

Schon in der äußeren Form, in der die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis errichtet werden können, unterscheiden sich die beiden Rechtsinstitute voneinander. Die Teilungsanordnung kann in einer letztwilligen Verfügung [1] getroffen werden. Entsprechend der Terminologie des BGB ist nur ein Testament eine letztwillige Verfügung; ein Erbvertrag fällt nicht unter diesen Begriff. Ein Erbvertrag kann aber gemäß § 1941 Vermächtnisse enthalten, folglich auch Vorausvermächtnisse entsprechend § 2150. Teilungsanordnungen erwähnt § 1941 nicht. Daraus scheint zu folgen, daß der Gesetzgeber Teilungsanordnungen und Vorausvermächtnisse als etwas rechtlich Verschiedenes ausgestalten wollte; denn anderenfalls müßte auch die Teilungsanordnung in einem Erbvertrag getroffen werden können. [2] Jedoch noch § 2152 des Entwurfs 1. Lesung sah vor, daß eine Teilungsanordnung in einer Verfügung von Todes wegen, also auch in einem Erbvertrag, getroffen werden könne. Der Gesetzgeber hat, wie er ausdrücklich feststellte, [3] mit der Formulierung in § 2048 nur die Zulässigkeit der Teilungsanordnung, nicht aber deren rechtliche Natur klären wollen. Sollte sich die Teilungsanordnung als Vorausvermächtnis qualifizieren lassen, so brauchte daher § 2048 nicht unbedingt ihre Anordnung in

---

1) STENGER, a.a.O., S. 17; LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, b, Anm. 9, S. 585; EHARD-EDER in SOERGEL, § 2048, Bem. 3; RG, JW 11, S. 804. Ist eine Teilungsanordnung in einer unwirksamen letztwilligen Verfügung getroffen worden, so kann sie durch Vertrag der Erben wirksam werden, KIPP-COING, a.a.O., § 117, IV, Anm. 14, S. 494.

2) Diesen Schluß zieht STENGER, a.a.O., S. 84 f.

3) Motive bei MUGDAN, S. 74.

einem Erbvertrag auszuschließen. Man könnte § 2048 aber auch als lex specialis gegenüber § 1941 auffassen und argumentieren, daß § 2048 die Form des Erbvertrages ausnahmsweise für Vorausvermächtnisse in der Gestalt von Teilungsanordnungen verschließt. Aus diesen möglichen Betrachtungsweisen folgt, daß das formale Argument aus § 2048 allein nichts über Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten aussagt.

2. UMFANG UND GEGENSTAND DER TEILUNGSANORDNUNG UND DES VORAUSVERMÄCHTNISSES

Vergleicht man die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis nach Umfang und Inhalt, so ergibt sich folgendes:

a) Hinsichtlich der Höhe des Zugewendeten ist die Teilungsanordnung vom Erbteil des durch sie Begünstigten abhängig, da sie nur die Durchführung der Auseinandersetzung, nicht aber Zuwendungen über den Erbteil hinaus bewirken kann.[4] Die Folge ist, daß der Erbe sich das, was er durch die Teilungsanordnung erhält, auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß.[5] Es ist zwar nicht erforderlich, daß sich die Teilungsanordnung mit dem Anteil am Nachlaß vollständig deckt, ein gewisser Spielraum ist dabei dem Erblasser gegeben.[6] Die Absicht des Testators muß aber stets darauf gerichtet sein, nur die außerhalb der Teilungsanordnung bereits festgesetzte Erbregelung [7] durchzuführen und keine neuen Zuwendungen zu treffen.

Die Höhe des Vorausvermächtnisses hängt dagegen nicht vom Erbteil des Bedachten ab, sondern ist von diesem völlig unabhängig. Daraus folgt, daß das

---

4) H. M. EMMERICH, Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, JuS 1962, S. 271; KREGEL in RGRK, § 2048, Bem. 1; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 5; RG, DR 42, 977; BGH, JZ 1962, 541. A. A. KRESS, a.a.O., § 17, S. 206.

5) Ständige Rechtsprechung und h. M.; vgl. statt aller COING, Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung, JZ 1962, 532 f., BGH, JZ 1962, 542.

6) LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, c, S. 585.

7) Möglicherweise ergibt sich die Erbeinsetzung erst aus der Zuweisung bestimmter Vermögensstücke. In dieser Zuweisung liegen dann zugleich die Erbeinsetzung und die Teilungsanordnung, vgl. LANGE, a.a.O., § 25, II, 2, S. 218 f. Hier entspricht die Teilungsanordnung in der Regel voll und ganz dem Erbteil. Rechtlich sind jedoch die Erbeinsetzung und die Teilungsanordnung nicht identisch.

Vorausvermächtnis nicht angerechnet wird, sondern daß es der Erbe zusätzlich zu seinem Erbteil erhält.[8]

b) Während Gegenstand eines Vorausvermächtnisses gemäß §§ 2150, 2169, 2170 eine dem Erblasser nicht gehörende Sache sein kann,[9] fehlt für die Teilungsanordnung eine entsprechende gesetzliche Regelung. Es ist daher fraglich, was geschehen soll, wenn der Testator eine fremde Sache dem Erben mit der Teilungsanordnung zuweist. BEROLZHEIMER[10] deutet den in der Teilungsanordnung bekanntgewordenen Willen des Erblassers dahin, es solle nur der vorhandene Nachlaß unter den Erben geteilt und nicht erst mit Mitteln des Nachlasses ein bestimmter Gegenstand beschafft werden; anders als beim Verschaffungsvermächtnis werde der Erbe zudem durch die Nichterfüllung der Teilungsanordnung nicht geschädigt, da keine Ausgleichungspflichten für ihn entständen, wenn ihm nichts zugeteilt werde. Diese Meinung[11] verkennt den Willen des Erblassers, der gerade darauf hinzielt, daß der Erbe eine ganz bestimmte Sache erhält. Es liegt also die gleiche Interessenlage vor wie beim Vermächtnis einer nicht dem Testator gehörenden Sache. Eine Teilungsanordnung muß daher auch einen nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstand ergreifen können,[12] wenn es dem Erblasser erkennbar darum ging, daß Gegenstand der Teilungsanordnung eine fremde Sache sein sollte. Es ist geboten, die Regelung des Verschaffungsvermächtnisses hier analog anzuwenden. Gegenstand der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses können somit auch für den Erblasser fremde Sachen sein.

c) Nach § 2048 S. 2 kann der Erblasser anordnen, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten zu geschehen habe.[13] Die

---

8) Vgl. statt aller SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 4.

9) Vgl. BOEHMER, Anmerkung zu OGHBrZ vom 22.9.1948, MDR 1949, 288; BÜHLER, Das Verschaffungsvermächtnis, Inhalt und Durchsetzung, DNotZ 1964, 581 ff.

10) BEROLZHEIMER, Zuteilung eines nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes durch erblasserische Teilungsanordnung (§ 2048 BGB), AcP 117 (1917), 404 ff.

11) Wie BEROLZHEIMER auch STEDLER, a.a.O., S. 66.

12) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 334 f.; LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, c, S. 586; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 9; wohl auch KIPP, Erbrecht, 8. Aufl., 1930, § 85, Anm. 10, S. 299; KIPP-COING, a.a.O., § 117, IV, Anm. 15, S. 494.

13) Vgl. zu den daraus resultierenden Problemen KRETZSCHMAR, a.a.O., S. 460; RGZ 110, 274.

Anordnungen eines Dritten beruhen dann auf einer erblasserischen Teilungsanordnung. Die Bestimmung der Leistung eines Vorausvermächtnisses und die Auswahl des Bedachten aus einem bestimmten Personenkreis kann der Testator nach §§ 2150, 2156, 2151 in das billige Ermessen eines Dritten legen. Der Dritte füllt also sowohl die Teilungsanordnung als auch das Vorausvermächtnis aus.

3. ANSPRUCH AUS DER TEILUNGSANORDNUNG UND DEM VORAUSVERMÄCHTNIS

Um die aus der Teilungsanordnung und dem Vorausvermächtnis resultierenden Ansprüche zu vergleichen, müssen jeweils ihre Art, ihr Umfang und ihr Entstehungsgrund einander gegenübergestellt werden.

a) Die gesetzlichen Auseinandersetzungsbestimmungen gewähren dem Erben k e i n e n s e l b s t ä n d i g e n A n s p r u c h, sondern können nur mit dem Auseinandersetzungsanspruch aus § 2042 geltend gemacht werden. Da die T e i l u n g s a n o r d n u n g des Erblassers die gesetzliche Regelung der Auseinandersetzung verdrängt und damit den Auseinandersetzungsanspruch modifiziert,[14] kann sie dem Bedachten einen selbständigen Anspruch gegen den Nachlaß oder die einzelnen Miterben ebensowenig gewähren wie die gesetzlichen Bestimmungen.[15] Weil die Teilungsanordnung nur mit dem Auseinandersetzungsbegehren durchgesetzt werden kann, wird der schuldrechtliche Anspruch des Bedachten, das ihm mit der Teilungsanordnung Zugewendete zu erhalten, erst zu diesem Zeitpunkt fällig.[16] Gleichzeitig ergibt sich daraus, daß die Nachlaßverbindlichkeiten entsprechend § 2046 berichtigt sein sollen, ehe die Teilungsanordnung erfüllt wird. Dies zeigt, daß der Bedachte durch die Teilungsanordnung nicht zum Nachlaßgläubiger wird, sondern nur als Erbe behandelt wird.

---

14) EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 270; COING, a.a.O., JZ 1962, 530. Zur Teilauseinandersetzung vgl. KRESS, a.a.O., § 20, S. 225; STENGER, a.a.O., S. 96 f., BEROLZHEIMER, Zuteilung eines nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes durch erblasserische Teilungsanordnung (§ 2048), AcP 117, S. 405; LEHMANN in STAUDINGER, § 2042, Bem. 12; EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 270.

15) KRETZSCHMAR, a.a.O., § 87, III, S. 459; EMMERICH, a.a.O., Jus 1962, 270 unter Berufung auf RG, DR 1942, 977; a. A. WERTHEIM, a.a.O., S. 39 f.

16) LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, d, S. 586.

Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so verliert er damit den Auseinandersetzungsanspruch. Da er das, was ihm durch die Teilungsanordnung zugewiesen worden war, nur mit dem Auseinandersetzungsanspruch herausverlangen kann, so entfällt mit der Erbausschlagung jeder Anspruch aus der Teilungsanordnung. Andererseits kann der Erbe nicht das ausschlagen, was ihm mit der Teilungsanordnung zugewiesen ist,[17] oder die Teilungsanordnung nicht beachten, aber trotzdem die Erbschaft annehmen. Aus Sinn und Zweck der Teilungsanordnung folgt, daß das durch sie Zugewiesene nur gemeinsam mit der Erbschaft ausgeschlagen werden kann.[18] Hat der Erblasser die Ausführung der Teilungsanordnung in das Belieben des Erben gestellt, indem er das Entstehen des Forderungsrechtes von einer gestaltungsrechtlichen Erklärung abhängig gemacht hat, so braucht der Erbe diese begünstigende Teilungsanordnung nicht auszuführen. Seine Miterben haben aber ein Interesse daran zu erfahren, ob er die Teilungsanordnung befolgen will oder nicht. Diese Situation ist im BGB nicht geregelt. Es besteht jedoch in § 2180 eine Bestimmung über die Ausschlagung von Vermächtnissen. Obwohl der mit dem Erbfall entstehende Anspruch des Vermächtnisnehmers, solange dieser das Vermächtnis nicht angenommen hat, auch nicht fällig werden kann, soll trotzdem der Vermächtnisnehmer sich dem Erben gegenüber erklären, ob er das Vermächtnis annehmen oder ausschlagen will. Der Gesetzgeber hat mit seinem Schweigen keine Entscheidung für die Teilungsanordnung getroffen. Er hielt es sogar für möglich, daß sich unter einer Teilungsanordnung ein Vorausvermächtnis verstecke;[19] sonach wäre eine Anwendung des § 2180 vom Gesetzgeber nicht ausgeschlossen worden. Es besteht nämlich das gleiche Interesse der Miterben auf Unterrichtung wie beim Vorausvermächtnis. Die Teilungsan-

---

17) § 2306 Abs. 1 S. 1 weicht von diesem Grundsatz nicht ab. Auch hier wird die Teilungsanordnung nicht ausgeschlagen, sondern sie fällt kraft Gesetzes fort.

18) MARCUSE, Die Zuwendung eines Nachlaßgrundstückes unter Festsetzung eines Übernahmepreises durch Vorausvermächtnis oder Teilungsanordnung, 1919, S. 58 f.; HAIDLEN-MAYER, a.a.O., § 78, V, Anm. 21, S. 294 f.; LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, d, S. 585. Im Ergebnis übereinstimmend aber mit der angeblichen Natur der Teilungsanordnung als wechselseitiger Vorausvermächtnisse begründend, WERTHEIM, a.a.O., § 10, S. 56.

19) Protokolle bei MUGDAN, S. 370.

ordnung muß daher in diesen Fällen analog § 2180 ausgeschlagen werden.[20] Davon abgesehen, können sich die Erben nur dann gemeinsam über die Teilungsanordnung hinwegsetzen, wenn der Erblasser sie nicht zur auflösenden Bedingung der Erbeinsetzung gemacht hat.[21] Diese enge Verbindung der Teilungsanordnung mit der Erbschaft und die normalerweise notwendige Zustimmung aller Miterben, wenn die Teilungsanordnung außer Kraft gesetzt werden soll, macht deutlich, daß die Teilungsanordnung nicht nur den einzelnen Miterben zur Geltendmachung berechtigt, sondern ihn auch gegenüber seinen Miterben zu ihrer Befolgung verpflichtet.[22] Andererseits wirkt sie auch nicht nur für und gegen die einzelnen Miterben, sondern sie wirkt sich auf alle Miterben zugleich aus;[23] denn diese müssen sich wechselseitig die Nachlaßteile überlassen und jeder von ihnen kann mit dem Auseinandersetzungsbegehren die Befolgung der Teilungsanordnung fordern.[24]

Die Teilungsanordnung kann unter Umständen für den Erben einen Vermögensvorteil bedeuten; doch braucht das nicht der Fall zu sein, wie das Teilungsverbot oder die Beauftragung eines Dritten mit der Teilung zeigen.

b) Auch das Vorausvermächtnis gibt gemäß §§ 2150, 2174 dem Bedachten einen obligatorischen Anspruch auf den ihm vermachten Gegenstand.

---

20) KIPP-COING, a.a.O., § 117, IV, 1, S. 495; LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, e, ß, S. 586; OLG Celle, HRR 1933, Nr. 1934, das es dahinstellte, in welcher Form und Frist die Ausschlagung geschehen muß. Zur Form der Ausschlagung vgl. OLG Kiel, JR 1947, 54 ff.

21) A. A. EBBECKE, Verfügungen von Todes wegen, Recht 1916, 336, der diese Anordnungen für unbedingt verbindlich hält.
Der Testamentsvollstrecker ist an diese abweichende Vereinbarung der Erben nicht gebunden, KRESS, a.a.O., § 21, Anm. 1, S. 233; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 3. Führt er die abweichende Vereinbarung der Erben durch, so bedeutet dies nicht unbedingt eine Pflichtverletzung, vgl. DITTMANN in STAUDINGER, § 2204, Bem. 17; Protokolle bei MUGDAN, S. 349. A. A. STENGER, a.a.O., S. 62 ff., auch die Nichtbeachtung der Teilungsanordnung im Einverständnis aller Erben stelle immer eine Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers dar.

22) Abweichend KRETZSCHMAR, a.a.O., § 87, III, 1, c. STENGER, a.a.O., S. 96, sieht in dieser Pflicht des Erben eine Beschränkung des ihm Zugewendeten und nicht lediglich einen Reflex der ihm zuteilgewordenen Begünstigung.

23) LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, d, S. 586.

24) KREGEL in RGRK, § 2048, Bem. 3; STEDLER, a.a.O., § 15, S. 64.

Dieser Anspruch wird normalerweise gleichzeitig mit dem Anfall des Vorausvermächtnisses fällig,[25] es sei denn, der Testator habe eine abweichende Anordnung getroffen, was ihm gemäß § 2181 gestattet ist. Aus § 1967 Abs. 2 in Verbindung mit § 2150 folgt, daß der Vorausvermächtnisnehmer Nachlaßgläubiger ist. Ist nichts anderes vereinbart oder vom Erblasser angeordnet, so muß das Vorausvermächtnis entsprechend § 2046 vor der Teilung des Nachlasses berichtigt werden,[26] außer wenn Treu und Glauben im Einzelfall die Geltendmachung des Anspruchs vor diesem Zeitpunkt verbieten.[27] Der Bedachte kann das Vorausvermächtnis mit der Gesamthandklage nach § 2059 Abs. 2 herausverlangen.[28] Da das Vorausvermächtnis den Vorschriften der Vermächtnisse unterfällt, kann Gegenstand des obligatorischen Vermächtnisanspruchs nur ein Vermögensvorteil sein.[29] Dies ergibt sich aus der Legaldefinition des Vermächtnisses in § 1939 in Verbindung mit der Legaldefinition des Vorausvermächtnisses in § 2150.

Da das Vorausvermächtnis entsprechend § 2150 im vollen Umfang als Vermächtnis gilt und eine Bedingung, daß der Anfall des Vorausvermächtnisses von der Annahme der Erbschaft abhängig sein soll, in der Regel nicht anzunehmen ist,[30] kann der Bedachte die Zuwendung auch dann fordern, wenn er die Erbschaft ausschlägt oder seine Einsetzung als Erbe aus irgendeinem Grunde unwirksam ist. Ebenso kann er auch das Vorausvermächtnis unabhängig von der Annahme der Erbschaft nach § 2180 unter Beachtung der dort aufgestellten Vorschriften ausschlagen. Daraus folgt, daß der Anspruch aus dem Vorausvermächtnis selbständig ist. Er ist nur auf die Zuwendung des Vorausvermächtnisgegenstandes ge-

---

25) Im allgemeinen fällt das Vorausvermächtnis mit dem Erbfall an, es sei denn, es liege ein Fall der §§ 2177, 2178 vor, vgl. SEYBOLD in STAUDINGER, § 2176, Bem. 3, § 2177, Bem. 2.

26) SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 5; ENGEL, a.a.O., S. 24; RGZ 93, 196 f. Fällt das Vorausvermächtnis nicht allen Miterben zur Last, vgl. LEHMANN in STAUDINGER, § 2046, Bem. 7.

27) STROHAL, Das deutsche Erbrecht auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 3. Aufl., 1903, S. 206; KUETGENS, a.a.O., S. 50 ff.; ROSENBAUER, a.a.O., § 8, S. 33; OGHZ 1, 161 ff.

28) Die Gesamtschuldklage steht dem Miterbengläubiger nicht zur Verfügung, vgl. Kap. 1, Anm. 19.

29) Vgl. LEHMANN in STAUDINGER, § 1939, Bem. 9 ff.

30) SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 13.

richtet. Wird er geltend gemacht, so verpflichtet dies den Vorausvermächtnisnehmer zu keinerlei Tun oder Unterlassen. Will der Erblasser eine irgendwie geartete Verpflichtung des Bedachten gegenüber seinen Miterben erreichen, so muß er sich dazu einer Auflage oder einer Bedingung bedienen. Der Anspruch aus dem Vorausvermächtnis kennt ebenso wie der normale Vermächtnisanspruch keine Nebenverpflichtung des Bedachten. Andererseits berechtigt er auch die Miterben nicht.

c) Eine positiv-rechtliche Analyse von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis zeigt demnach, daß die mit diesen beiden Rechtsinstituten verbundenen Ansprüche nicht identisch sind. Sie differieren darin, daß der eine (Teilungsanordnung) erst bei der Auseinandersetzung, der andere (Vorausvermächtnis) aber jederzeit erhoben werden kann. Ehe ein Anspruch aus der Teilungsanordnung geltend gemacht wird, muß der Anspruch aus dem Vorausvermächtnis berichtigt sein. Ein Vorausvermächtnis begünstigt den Bedachten nur, während eine Teilungsanordnung ihn auch verpflichten kann. Während die Existenz des einen Anspruchs von der Erbenstellung abhängt (Teilungsanordnung), kann der andere Anspruch unabhängig von der Annahme der Erbschaft geltend gemacht werden (Vorausvermächtnis). Ein Vermögensvorteil braucht bei der Teilungsanordnung nicht vorzuliegen,[31] während zum Inhalt eines Vorausvermächtnisses stets ein solcher Vermögensvorteil gehört.

Jedoch sind nicht alle dieser rechtlichen Unterschiede im praktischen Ergebnis unüberbrückbar. Ein Vorausvermächtnis, dessen Fälligkeit bis zur Auseinandersetzung aufgeschoben ist, und das unter der Bedingung steht, daß es nur entstehen soll, wenn der Bedachte Erbe wird und nach der Begleichung aller Nachlaßverbindlichkeiten noch etwas übrig bleibt, weicht im tatsächlichen Erscheinungsbild von einer Teilungsanordnung bereits viel weniger ab. Auch wenn das Vorausvermächtnis in dieser Form bedingt ist, begünstigt es den Bedachten aber nur und verpflichtet ihn nicht. Demgegenüber ist die Berechtigung aus der Teilungsanordnung stets untrennbar mit einer Verpflichtung zur Befolgung der Teilungsanordnung verbunden. In dem Fall, daß durch eine Teilungsanordnung dem Erben A das Haus und dem Erben B die Aktien zugewiesen werden, muß A, wenn er die Teilungsanordnung geltend macht, einerseits bei der Auseinandersetzung das Haus übernehmen und andererseits bei der Zuweisung der Aktien an B mitwirken. Sind das Haus und die Aktien Vorausvermächtnisse, so ergibt sich aus dem dem A hinterlassenen Vorausvermächtnis für diesen keine Verpflichtung, das Vorausvermächtnis an B zu erfüllen. Diese Verpflichtung folgt n u r daraus, daß das

31) LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 6.

Vermächtnis an B dem Nachlaß auferlegt ist.

4. BINDUNGSWIRKUNG DER TEILUNGSANORDNUNG UND DES VORAUSVERMÄCHTNISSES

Auch hinsichtlich der Gebundenheit des Erblassers und der Erben weisen die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis Unterschiede auf.

a) Wird die Teilungsanordnung, die gemäß § 2048 nur in einer letztwilligen Verfügung getroffen werden kann, in ein gemeinsames Testament aufgenommen,[32] so ergibt sich aus § 2270 Abs. 3, daß sie keine wechselbezügliche Verfügung, sondern eine einseitige Verfügung ist. Als solche kann sie jederzeit grundlos und ohne Mitteilung an den anderen Ehegatten vom Erblasser aufgehoben werden. Will man eine Bindung der Ehegatten an die Teilungsanordnung erreichen, so ist das nur möglich, indem man die Gültigkeit der Teilungsanordnung zur Bedingung der Gegenverfügung macht. Aus § 2048 in Verbindung mit § 2278 folgt, daß die Teilungsanordnung in einem Erbvertrag nicht mit bindender Wirkung getroffen werden kann. Sie kann zwar in einen Erbvertrag entsprechend § 2299 Abs. 1 aufgenommen werden,[33] bleibt aber trotzdem eine einseitige, den Vorschriften für Testamente unterstehende Verfügung,[34] deren Widerruf sich nach den Vorschriften für den Widerruf von Testamenten richtet;[35] es sei denn, der ganze Vertrag werde aufgehoben. In diesem Fall kann damit auch die einseitige Verfügung außer Kraft gesetzt werden (§ 2299 Abs. 3).

---

32) Zum Berliner Testament und der Teilungsanordnung vgl. KGJ 43, 200 ff. (205).

33) Streitig ist, ob es sich dann um ein formal mit einem Erbvertrag verbundenes Testament oder nur um einen um die einseitigen Verfügungen erweiterten Erbvertrag handelt. Vgl. mit weiteren Nachweisen LANGE, a.a.O., § 37, I, 2, S. 402.

34) STENGER, a.a.O., S. 19; KIPP-COING, a.a.O., § 42, II, S. 188; LANGE, a.a.O., § 37, I, 2, S. 402; DITTMANN in STAUDINGER, § 2299, Bem. 4; KREGEL in RGRK, § 2299, Bem. 2; KEIDEL in PALANDT, § 2299, Bem. 1; a. A. DIETZ, Erbrecht, 1949, § 13, X, 1; KIPP, Erbrecht, § 39, II, S. 139; BARTHOLOMEYCZIK, a.a.O., § 25, XII, 2; LEONHARD, Erbrecht, 1912, § 2299 Bem. II, A, 2; auch nach WERTHEIM, a.a.O., § 10, S. 60, soll die Teilungsanordnung vertragsmäßig getroffen werden können, da § 2278 nur eine Ergänzung anderer gesetzlicher Vorschriften sei und daher auch § 2048 ergänzen könne.

35) DITTMANN in STAUDINGER, a.a.O., § 2299, Bem. 10.

Ein Vorausvermächtnis kann demgegenüber sowohl in einem Testament als auch in einem Erbvertrag errichtet werden. Wird es in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag angeordnet, so hat es, wenn es im Zusammenhang mit den Verfügungen des Partners steht, wechselbezüglichen bzw. vertragsmäßigen Charakter (§§ 2270, 2278, 1941) und bindet daher den Erblasser. Ein Widerruf des Vorausvermächtnisses richtet sich nach § 2271 bzw. §§ 2290 ff.

b) Auch dem Erben oder seinen Miterben kann daran gelegen sein, sich von der Teilungsanordnung oder von dem Vorausvermächtnis zu lösen.

Auf Grund der §§ 2078, 2079 kann sowohl die Teilungsanordnung [36] als auch das Vorausvermächtnis angefochten werden. Die Rechtsfolgen entsprechen sich.

Wird der Erbschaftserwerb des Begünstigten wegen Erbunwürdigkeit nach §§ 2339, 2340 angefochten, so verliert der Unwürdige seine Erbenstellung, und damit erlöschen für ihn alle Rechte und Pflichten aus der Teilungsanordnung. Ist ihm ein Vorausvermächtnis hinterlassen, so muß es nach § 2345 angefochten werden. Im Gegensatz zu der aus § 2339 erfolgt die Anfechtung aus § 2345 nicht durch eine Anfechtungsklage, sondern durch eine Erklärung gegenüber demjenigen, der die Rechte aus dem Vorausvermächtnis geltend macht. Allerdings liegt in der Klageerhebung wegen Erbunwürdigkeit meist auch die Anfechtung gemäß § 2345, [37] es sei denn, daß die Klage ausdrücklich nur auf die Geltendmachung der Erbunwürdigkeit gerichtet ist oder daß die Anfechtungsberechtigung im Einzelfall nicht zusammenfällt. Auch die gemeinsam erhobene Anfechtung enthält immer zwei von einander zu trennende, verschieden wirkende Anfechtungserklärungen.

5. AUSWIRKUNG DER ERSETZUNG DES ERBEN DURCH EINEN DRITTEN AUF DIE TEILUNGSANORDNUNG UND DAS VORAUSVERMÄCHTNIS

Wird der unmittelbar berufene Erbe durch einen Dritten ersetzt, der Nacherbe, Ersatzerbe oder Erbschaftskäufer ist, so weisen die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis verschiedene Rechtsfolgen auf.

---

36) KOHLER, Gemeinschaften mit Zwangsteilung, AcP 91, S. 334; LANGE, a.a.O., § 35, II, 1, b, S. 382.

37) KRETZSCHMAR, a.a.O., § 60, Anm. 14, S. 276; FERID in STAUDINGER, § 2345, Bem. 8; GREIFF in PLANCK, § 2345, Bem. 1; a. A. KUETGENS, a.a.O., § 7, S. 32 ff.

a) Da die Teilungsanordnung nicht das Erbrecht bestimmt, sondern nur konkretisiert, was zu dem Erbteil des Vorerben gehört, ist sie nicht unmittelbar an die Person des Vorerben, sondern gleichsam an den Erbteil gebunden. Den durch die Teilungsanordnung näher ausgestalteten Erbteil muß der Vorerbe bei Eintritt des Nacherbfalles nach § 2130 an den Nacherben herausgeben. Da alles, was ihm durch die Teilungsanordnung zugewiesen worden ist, nur Bestandteil seines Erbes und nicht unabhängig von diesem ist, kann er auf Grund der Teilungsanordnung nichts zurückbehalten. Die Teilungsanordnung wirkt damit nicht nur für den Vorerben, sondern durch die Konkretisierung seines Erbteils auch auf den des Nacherben.[38]

Anders ist es mit dem Vorausvermächtnis, das sich an einen bestimmten Erben wendet und von dessen Erbteil ganz getrennt ist. Der Nacherbe kann daher im Zweifel gemäß § 2110 Abs. 2[39] das Vorausvermächtnis nicht verlangen[40] und zwar auch insoweit nicht, als es auf seinem eigenen Erbteil ruht.[41]

b) Verkauft der Erbe die ihm angefallene Erbschaft, so gehen die Rechte und Pflichten aus der Teilungsanordnung immer auf den Erbschaftskäufer über, da sie den von ihm erworbenen Erbteil erst näher ausgestalten. Dagegen gilt nach § 2373 das Vorausvermächtnis als nicht mitverkauft. Dabei ist zu beachten, daß unter diese Auslegungsregel[42] auch der Teil des Vorausvermächtnisses fällt, den der Erbe an sich selbst zu leisten hätte,[43] weil durch die Fiktion in § 2150 das Vorausvermächtnis im vollen Umfang als Vermächtnis gilt.

Gemäß § 2376 muß der Verkäufer dem Erbschaftskäufer dafür haften, daß weder Teilungsanordnungen noch Vorausvermächtnisse bestehen. Nur dann, wenn der Erbschaftskäufer diese kannte, braucht der Verkäufer nicht zu haften (§ 439).

---

38) Führt der Vorerbe die Teilungsanordnung durch, so braucht er dazu nicht die Zustimmung des Nacherben und zwar auch dann nicht, wenn ein Nachlaßgrundstück übereignet werden soll, KGJ 32, A 305; KG, OLG 1941, 129.

39) Erhält der Nacherbe ausnahmsweise das Vorausvermächtnis, so muß geprüft werden, ob er es als Nacherbe oder als Nachvermächtnisnehmer bekommt, vgl. FLAD, Wann und wie erwirbt der Nacherbe ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis (BGB § 2110 II), DGem und WirtschaftsR 1937, 233 ff., KUETGENS, a.a.O., § 8, S. 37 f.

40) Zur Natur des dem Alleinvorerben verbleibenden Vorausvermächtnisses vgl. oben IV, S. 43.

41) KIPP-COING, a.a.O., § 47, III, 5, S. 204.

42) FERID in STAUDINGER, § 2373, Bem. 1.

43) FERID in STAUDINGER, § 2373, Bem. 5.

c) Hat der Erblasser einen Ersatzerben eingesetzt (§ 2096), so gilt auch für diesen die Teilungsanordnung,[44] denn die Erbschaft geht so auf ihn über, wie sie dem ursprünglich berufenen Erben anfallen sollte, also auch näher konkretisiert durch die Teilungsanordnung. Eine gesetzliche Regelung für den Fall, daß der Testator dem zunächst eingesetzten Erben ein Vorausvermächtnis zugewendet hatte und dann das Erbrecht auf einen Ersatzerben übergeht, fehlt. Eine Analogie zu §§ 2110 Abs. 2, 2373 wird der Figur des Ersatzerben nicht gerecht,[45] weil hier, - anders als beim Nacherben und Erbschaftskäufer, - ein Erbe, an den die Erbschaft ursprünglich angefallen ist, nicht vorhanden ist. Es ist eine Frage der Auslegung,[46] ob der Wille des Testators dahin ging, dem Ersatzerben das Vorausvermächtnis auch zuzuwenden, wenn er keine Bestimmung nach § 2190 getroffen hat, oder ob die Anordnung des Vorausvermächtnisses dann entfallen soll.

6. AUSWIRKUNGEN DER TEILUNGSANORDNUNG UND DES VORAUSVERMÄCHTNISSES AUF DAS PFLICHTTEILSRECHT

Das Aufeinandertreffen des Rechts auf den Pflichtteil und einer Teilungsanordnung ist in § 2306 Abs. 1 geregelt. Danach gilt die Teilungsanordnung dann als nicht angeordnet, wenn der Pflichtteil durch den hinterlassenen Erbteil nicht

---

44) LANGE, a.a.O., § 25, VI, Anm. 5, S. 222; SEYBOLD in STAUDINGER, § 2096, Bem. 6; JOHANNSEN in RGRK, § 2096, Bem. 9.

45) KUETGENS, a.a.O., § 9, S. 40; OLG Kiel, OLG 34, 283.

46) KUETGENS, a.a.O., §9, S. 40; ROSENBAUER, a.a.O., § 13, S. 46; FLAD in PLANCK, § 2150, Bem. 2 f.; SCHLEGELBERGER-VOGELS, Bürgerliches Gesetzbuch, 1939, § 2150, Bem. 5; SEYBOLD in STAUDINGER, § 2096, Bem. 6; JOHANNSEN in RGRK, § 2096, Bem. 11; OLG Kiel, OLG 34, 283. A. A. ENGEL, a.a.O., S. 18, der sich dafür ausspricht, daß der Ersatzerbe im Zweifel keinen Anspruch auf das Vorausvermächtnis haben soll.

gedeckt wird.[47]

Ist dagegen ein pflichtteilsberechtigter Erbe, dessen hinterlassener Erbteil die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt,[48] mit einem Vorausvermächtnis bedacht, so kann er gemäß § 2305 in Verbindung mit § 2307 den Pflichtteilsrestanspruch geltend machen.[49] Will er den vollen Pflichtteilsrestanspruch erheben, so muß er das Vorausvermächtnis insoweit ausschlagen, als es nicht auf seinem Erbteil ruht. Der Teil, der auf seiner eigenen Erbportion lastet, verbleibt ihm kraft seines Erbrechts. Dieses Ergebnis ist wieder eine Auswirkung der doppelten Natur des Vorausvermächtnisses. Nimmt der Pflichtteilsberechtigte dagegen das Vorausvermächtnis an, so muß er es sich entsprechend § 2370 Abs. 1 anrechnen lassen.[50] Es wird aber nur insoweit angerechnet, als es nicht auf seinem Erbteil ruht, da sonst der Teil des Vorausvermächtnisses, den er iure hereditario et iure legati hat, bei der Berechnung dessen, was ihm hinterlassen ist, doppelt in Ansatz gebracht würde.

---

47) Streitig ist, ob jede Teilungsanordnung oder nur die den Erben belastende Teilungsanordnung als nicht angeordnet gilt. Die Gültigkeit der nur den Pflichtteilsberechtigten begünstigenden oder ihn nicht berührenden Teilungsanordnung nehmen an: CROME, a.a.O., § 701, Anm. 15; ENDEMANN, a.a.O., § 127, 4, a; LEONHARD, a.a.O., § 2306, Bem. II, A, 2; GREIFF in PLANCK, § 2306, Bem. 2, a (vgl. auch § 2312, Bem. 5); FERID in STAUDINGER, § 2306, Bem. 27; JOHANNSEN in RGRK, § 2306, Bem. 6. WOLFF, Der nicht begehrte Pflichtteil, Gruchot 67, 262 ff., und KIPP, a.a.O., § 132, Anm. 4, S. 466, meinen, eine begünstigende Teilungsanordnung berechtige den Pflichtteilsberechtigten nur, verpflichte ihn aber nicht. Die Unwirksamkeit der Teilungsanordnung in jedem Falle nehmen an: KRETZSCHMAR, a.a.O., § 87, III, 1, a; BEROLZHEIMER, Wann bildet die Teilungsanordnung eine Beschränkung im Sinne des § 2306 BGB?, LZ 1919, 358 ff.; STENGER, a.a.O., S. 72; EHARD-EDER in SOERGEL, § 2306, Bem. 1.

48) Zur Berechnung vgl. FERID in STAUDINGER, § 2306, Bem. 44.

49) SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 8.

50) KUETGENS, a.a.O., § 10, S. 42.

7. WIRKUNG VON TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS GEGENÜBER GLÄUBIGERN UND TESTAMENTSVOLLSTRECKERN SOWIE AUF AUSGLEICHUNGSPFLICHTEN

Werden Ansprüche gegen den Nachlaß geltend gemacht, oder besteht eine Ausgleichungspflicht für den Bedachten, so ist es für den Erben bedeutsam, ob der Erblasser eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis angeordnet hat.

a) Die Erfüllung einer Teilungsanordnung reicht nicht als Grundlage der Erschöpfungseinrede des § 1973 aus. Nachlaßkonkurs und -verwaltung berühren die Teilungsanordnung insofern, als sie nur geltend gemacht werden kann, wenn nach deren Durchführung noch etwas für eine Erbauseinandersetzung übrigbleibt.

Durch das Aufgebotsverfahren wird die Verbindlichkeit aus dem Vorausvermächtnis nicht berührt. Ist das Aufgebotsverfahren durchgeführt, das Vorausvermächtnis anschließend dem Begünstigten übereignet worden, und meldet sich dann ein ausgeschlossener Gläubiger, so kann dieser sich nicht nach § 1973 Abs. 1 S. 1 an den von dem Erben selbst zum Vorausvermächtnis entrichteten Teil halten,[51] da dieses gemäß § 2150 als Vermächtnis gilt und der Nachlaßgläubiger die bereits beglichenen Vermächtnisse gegen sich gelten lassen muß.

Der Begünstigte kann das Vorausvermächtnis auch im Nachlaßkonkurs geltend machen (§ 226 Abs. 2 Nr. 5 KO), er tritt nur hinter den übrigen Gläubigern zurück. Ist Nachlaßverwaltung angeordnet, so kann das Vorausvermächtnis nach § 1984 vom Verwalter herausverlangt werden.

b) Gegenüber dem Testamentsvollstrecker kann die Teilungsanordnung nur mit dem Auseinandersetzungsanspruch verfolgt werden,[52] wäh-

---

51) COING, a.a.O., JZ 1962, 530; STROHAL, a.a.O., S. 205 f.; KUETGENS, a.a.O., § 14, S. 62.

52) Nach STEDLER, a.a.O., § 15, S. 64, kann der Testamentsvollstrecker, der Miterbe ist, eine Teilungsanordnung nur durchführen, wenn es ihm der Erblasser ausdrücklich gestattet hat. A. A. wohl DITTMANN in STAUDINGER, § 2204, Bem. 24.

rend das Vorausvermächtnis gemäß §§ 2203, 2213 von ihm herausverlangt werden kann.[53]

c) Das Verhältnis zwischen Teilungsanordnung und Ausgleichungspflicht (§ 2052) ist nicht eindeutig. Was der Erbe durch die Teilungsanordnung zugewiesen erhält, gehört zum Erbteil und muß daher mit dazu dienen, die Ausgleichungspflicht zu erfüllen. Indes wird der Wille des Erblassers meist dahin gehen, daß eine Ausgleichung nicht stattfinden soll, soweit die Teilungsanordnung die Verteilung des Nachlasses betrifft.[54] Dies ist jedoch Auslegungsfrage.

Auf das Vorausvermächtnis hat das Bestehen einer Ausgleichungspflicht keine Auswirkung. Dem Bedachten muß das volle Vorausvermächtnis geleistet werden,[55] da er der Ausgleichungspflicht[56] bloß mit seinem Erbteil Genüge tun muß, das Vorausvermächtnis aber nach § 2150 nur Vermächtnis, nicht Erbteil ist.

8. AUFNAHME VON TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS IN DEN ERBSCHEIN

Der Erbschein soll nur das Erbrecht und dessen Beschränkungen aufweisen. Da eine Teilungsanordnung Verfügungsbeschränkungen des Erben nicht bewirkt, stellt sie auch keine Beschränkung des Erbrechts dar und kann deshalb

---

53) COING, a.a.O., JZ 1962, 530; KUETGENS, a.a.O., § 13, S. 55. Dazu, daß der Testamentsvollstrecker als Miterbe zur Erfüllung des Vorausvermächtnisses verpflichtet ist, vgl. ENGEL, a.a.O., S. 27. Nach ROSENBAUER, a.a.O., § 9, S. 39, soll der Testamentsvollstrecker als Vorausvermächtnisnehmer auch an sich selbst ein Vorausvermächtnis erfüllen können.

54) Der Erlaß der Ausgleichungspflicht ist ein Vorausvermächtnis, vgl. LEHMANN in STAUDINGER, § 2050, Bem. 18; a. A. STENGER, a.a.O., S. 22, und KUETGENS, a.a.O., § 15, S. 64, die im Erlaß der Ausgleichungspflicht die Zuweisung einer Forderung an den betreffenden Erben und daher eine Teilungsanordnung sehen. Durch diese Zuweisung erhält der Erbe aber mehr als seine Erbportion. Daher handelt es sich um ein Vorausvermächtnis. In diesem Sinne auch das Urteil des OLG Rostock, OLG 26, 306 ff.

55) LANGE, a.a.O., § 27, V, 1, d, S. 272.

56) Dazu, ob die Ausgleichungspflicht eventuell durch die Zuwendung eines Vorausvermächtnisses erlassen wird, vgl. RGZ 90, 419.

nicht in den Erbschein aufgenommen werden.[57]

Das Vorausvermächtnis läßt die Verfügungsmacht des Erben ebenfalls unberührt, denn es mindert nicht sein Erbrecht, sondern verpflichtet ihn nur obligatorisch zu einer Leistung. In der Regel kann daher das Vorausvermächtnis nicht im Erbschein ausgewiesen werden.[58] Ist das Vorausvermächtnis aber einem Vorerben zugewiesen und verbleibt es ihm endgültig, da die Vermutung des § 2110 Abs. 2 nicht widerlegt ist, so frägt es sich, ob hier nicht ausnahmsweise das Vorausvermächtnis in den Erbschein aufgenommen werden muß, weil sonst dessen Angaben zu weit gefaßt sind und er Beschränkungen des Vorerben ausweist, denen dieser nicht unterworfen ist. Das Vorausvermächtnis eines Alleinvorerben, das nicht dem Nacherbenrecht unterliegt, fällt unmittelbar an den Bedachten und damit dinglich aus der Erbschaft heraus.[59] Zwar gilt auch hier die Fiktion des § 2150,[60] im Ergebnis liegt aber eine Sondererbfolge in bestimmte Gegenstände vor, da insoweit keine schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Vorerben und dem Nachlaß bestehen. Da sonst der Bedachte unnötig durch den Erbschein beschwert wäre, muß ein solches Vorausvermächtnis ausnahmsweise zur Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs in dem Erbschein enthalten sein.[61] Anders ist es, wenn mehrere Vorerben vorhanden sind, wobei es gleichgültig ist, ob nur einige oder alle zusammen mit dem Vorausvermächtnis bedacht sind. Hier gehört das Vorausvermächtnis solange zum Nachlaß, bis es erfüllt worden ist. Als Teil des Nachlasses unterfällt es auch der Nacherbschaft, selbst wenn die Vermutung des § 2110 Abs. 2 nicht widerlegt wird. Der Bedachte hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Erfüllung, der sich, solange die Vorerbschaft besteht, gegen die Vorerben und, wenn die Nacherbschaft eingetreten ist, ohne daß das Vorausvermächtnis geleistet wurde, gegen den oder die Nacherben richtet. Dieser Anspruch kann im Erbschein genau so wenig ausge-

---

57) FIRSCHING in STAUDINGER, § 2353, Bem. 72, 81.

58) FIRSCHING in STAUDINGER, § 2353, Bem. 72.

59) Vgl. oben IV, 2, S. 43.

60) Mißverständlich daher KG, DNotZ 1940, 410.

61) BACKS, a.a.O., DFG 1940, 50; LANGE, a.a.O., § 41, V, 2, Anm. 4, S. 502; KIPP-COING, a.a.O., § 128, III, Anm. 57, S. 543; SEYBOLD in STAUDINGER, § 2110, Bem. 3, § 2150, Bem. 12; FIRSCHING in STAUDINGER, § 2363, Bem. 14; KREGEL in RGRK, § 2363, Bem. 10; KG, JFG 21, 122 ff.; OLG München, JFG 23, 300 ff.

wiesen werden wie der eines normalen Vermächtnisnehmers.[62]

9. RECHTS- UND SACHMÄNGELHAFTUNG FÜR TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS

Für das, was einem Erben bei der Auseinandersetzung zugewiesen wird, müssen die übrigen Erben entsprechend § 2042 in Verbindung mit § 757 für Sach- und Rechtsmängel wie Verkäufer haften. Erfolgt die Auseinandersetzung nach den Anordnungen des Erblassers, so bestimmen die Erben nicht selbst, was jeder auf seinen Erbteil erhält. Zudem will der Testator mit seinen Anordnungen den Nachlaß endgültig und zweifelsfrei teilen. Diese Besonderheiten gegenüber der auf Gesetz beruhenden Auseinandersetzung lassen die Frage auftauchen, ob die Haftungsvorschriften immer anwendbar sind oder ob eine Teilungsanordnung des Erblassers sie ausschließt. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Rechts- oder Sachmangel vor oder nach der Auseinandersetzung entdeckt wird. Stellt sich der Mangel erst n a c h der Auseinandersetzung heraus, dann ist das vom Erblasser gewollte Verhältnis der Erbteile gestört. Weil zu diesem Zeitpunkt kein gemeinsames Vermögen mehr vorhanden ist, mit dem die beabsichtigte Relation der Erbteile wiederhergestellt werden könnte, kann dem Willen des Erblassers nur dadurch Rechnung getragen werden, daß sich die Erben gegenseitig für den Sachmangel gemäß §§ 2042, 757, 462 haften. Dabei ist aber zu beachten, daß die Anordnung des Erblassers, durch die einem Erben ein bestimmter Gegenstand zugewiesen wird, von einem Erben nicht dadurch umgestoßen werden kann, daß er Wandlung fordert; denn dies wäre eine einseitige Nichtbeachtung der Teilungsanordnung. Eine Wandlung ist vielmehr nur dann möglich, wenn alle Erben damit einverstanden sind und die Erbeinsetzung nicht durch die Befolgung der Teilungsanordnung bedingt ist. Der Erbe kann daher in der Regel bloß den Minderungsanspruch geltend machen. Hat er einen Übernahmepreis gezahlt, so ist dieser in der gleichen Relation, in der die vom Erblasser vorgestellte schadensfreie Sache zu der schadensbehafteten steht, zu mindern. Sonst muß der Minderungsanspruch durch einen Vergleich des Verhältnisses der schadensbehafteten Sache und der vom Erblasser vorgestellten schadensfreien Sache zu den den Miterben zugewiesenen Gegenständen ermittelt und dann dem Erben in Geld vergütet werden (vgl. §§ 472, 473). Diesen Anspruch kann der Erbe von seinen Mit-

62) Mißverständlich daher SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 12, der allgemein vom Vorerben spricht, und KIPP-COING, a.a.O., § 128, III, Anm. 57, S. 543.

erben aber nur nach dem Verhältnis der Erbteile [63] und nur bis zum Werte ihrer Erbteile [64] verlangen. Zwar liegt hier keine Beschränkung für Nachlaßverbindlichkeiten vor, [65] aber dies folgt aus Treu und Glauben und daraus, daß der Träger des Anspruchs im Innenverhältnis einen seiner Erbquote entsprechenden Teil als Miterbe selbst übernehmen muß. [66] Leidet die Sache an einem Rechtsmangel, so kann der Erbe die Rechte aus § 440 geltend machen, soweit diese anwendbar sind, [67] wobei auch hier das Rücktrittsrecht in der Regel daran scheitert, daß ein Erbe sich nicht allein über die Teilungsanordnung hinwegsetzen kann.

Stellt sich der Mangel schon v o r der Erbauseinandersetzung heraus, dann hat der Erbe keinen Mangelanspruch, wie sich aus §§ 2042, 757, 439, 460 ergibt. Es handelt sich hier nicht um Fragen der Mangelhaftung, sondern der Erbeinsetzung. Dabei muß darauf abgestellt werden, ob der Erblasser den Mangel kannte oder nicht. Hielt er trotz Kenntnis des Mangels die Teilungsanordnung aufrecht so folgt daraus, daß er seinem Erben die mangelhafte Sache zuweisen wollte. Sollte der Erbe aber nach der Vorstellung des Erblassers eine fehlerhafte Sache erhalten, so kann er aus dem Mangel keinen Anspruch herleiten. Gehört die Sache überhaupt nicht zum Vermögen des Erblassers, dann wird Vermächtnisrecht entsprechend angewendet. [68] War der Mangel dem Erblasser unbekannt geblieben, dann ergibt sich aus der Erbeinsetzung und der Teilungsanordnung, wie der Erblasser den Erben eigentlich stellten wollte. Der Mangel muß dann so berücksichtigt werden, daß das Verhältnis unter den Erbteilen wiederhergestellt wird, das der Erblasser mit seinen Anordnungen erreichen wollte.

---

63) SCHULZE-WENCK in ERMAN, § 757, Bem. 3; KOBER in STAUDINGER, § 757, Bem. 3.

64) LANGE, a.a.O., § 46, IV, 5, a, S. 598.

65) Es handelt sich zwar um eine Nachlaßverbindlichkeit, vgl. KIPP-COING, a.a.O., § 119, I, S. 502, aber eine beschränkte Haftung kann nach der Teilung des Nachlasses für Nachlaßverbindlichkeiten, wenn der Erbe sie nicht vorher beschränkt hat, nur im Falle der §§ 2060, 2061 eintreten. Dies liegt aber bei Ansprüchen aus Gewährleistung nicht vor.

66) LANGE, a.a.O., § 46, IV, 5, a, S. 598, begründet diese Einschränkung mit der Verpflichtung zur gleichmäßigen Behandlung im Rahmen der Erbengemeinschaft.

67) Ist die Auseinandersetzung durchgeführt, so sind die Rechte aus §§ 320, ff. nicht anwendbar.

68) Vgl. oben V, 2, b, S. 48 f.

Dem Vorausvermächtnisnehmer müssen die Beschwerten nur dann für Rechts- und Sachmängel haften, wenn es sich um ein der Gattung nach bestimmtes Vorausvermächtnis handelt, gemäß §§ 2150, 2182, 2183. Für Vorausvermächtnisse anderer Art braucht nicht gehaftet zu werden.

10. ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNG

Die vorangehenden Untersuchungen über die positiv-rechtliche Regelung der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses im BGB lassen deutlich erkennen, daß beide Institute rechtlich verschieden ausgeformt sind. Da die beiden Geschäftstypen in Vorschriften zwingender Art hinsichtlich der Form, der Bindungswirkung und in bezug auf die Anrechnung differieren, folgt daraus, daß man es im Einzelfall nicht dahingestellt sein lassen kann, ob eine erblasserische Verfügung als Teilungsanordnung oder als Vorausvermächtnis zu qualifizieren ist. [69] Deshalb ist die Frage nach der Subsumtion einer solchen Anordnung entgegen der Ansicht MATTERN's [70] nicht nur terminologischer Natur, sondern gleichermaßen von dogmatischem wie von praktischem Interesse, wie eine umfangreiche Rechtsprechung und zahlreiches Schrifttum beweisen. Angesichts der unterschiedlichen Regelung beider Rechtsinstitute durch das Gesetz ist es daher notwendig, Abgrenzungskriterien für den praktischen Fall zu finden.

---

69) Vgl. STROHAL, a.a.O., S. 204, Anm. 10; KRESS, a.a.O., § 17, Nr. 2, S. 206; KRETZSCHMAR, a.a.O., § 39, II, Anm. 13, S. 149; DERNBURG, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußen, 5. Bd., 3. Aufl., 1911, S. 235; ENGEL, a.a.O., S. 9; CROME, a.a.O., S. 725, KUETGENS, a.a.O., § 3, S. 6; STENGER, a.a.O., S. 86, 93; ENDEMANN, a.a.O., Anm. 40, S. 1048; MARCUSE, a.a.O., S. 60; WINTER, a.a.O., S. 53; COING, a.a.O., JZ 1962, 530; GRUNSKY, Zur Abgrenzung der Teilungsanordnung gegenüber dem Vorausvermächtnis, JZ 1963, Anm. 3, S. 250; RG, SeuffA 63, 404 f.; KGJ 22, A 301.
A. A. NATTER, a.a.O., JZ 1959, 151; BARTHOLOMEYZCIK, a.a.O., § 43, III, 3, c, S. 281; EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271; EHARD-EDER in SOERGEL, § 2150, Bem. 2; SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 1; OLG Stuttgart, NJW 1949, 348; Hans OLG Hamburg, MDR 1950, 420 f.; BGH, JZ 1962, 541.

70) MATTERN, a.a.O., DNotZ 1963, 463.

VI. DIE ABGRENZUNG VON TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS IN RECHTSPRECHUNG UND SCHRIFTTUM

In dem Bemühen, Kriterien für die Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute voneinander zu finden, sind Rechtsprechung und Literatur zu verschiedenen Zeiten in ihrer Argumentation unterschiedlich vorgegangen. Schon kurz nach Inkrafttreten des BGB hatten die Gerichte zu diesem Problem Stellung zu nehmen. Seitdem hat diese Frage immer wieder die Judikatur beschäftigt, so daß man ihre Behandlung durch die Rechtsprechung und die sich darin zeigende Entwicklung an einer ansehnlichen Reihe von Entscheidungen verfolgen kann. Auch die Lehre hat sich mit den beiden Anordnungstypen auseinandergesetzt, meist angeregt durch eine gerichtliche Entscheidung.

1. DIE RECHTSPRECHUNG

Bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes mußte sich das Bayerische Oberste Landesgericht mit Verfügungen befassen, die auf den ersten Blick sowohl Teilungsanordnungen als auch Vorausvermächtnisse sein konnten. In diesen Urteilen des Bayerischen Obersten Landesgerichts zur Auszeigung des Vater- oder Muttergutes [1] spielte aber die Frage, ob eine erblasserische Verfügung Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis ist, keine Rolle, weil in diesen Fällen allein entscheidend war, ob die gesetzlichen Erben durch die Anordnungen des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen und auf Vermächtnisse eingesetzt waren. Da aber sowohl die Teilungsanordnung als auch das Vorausvermächtnis voraussetzen, daß der Bedachte als Erbe berufen ist, war die Qualifizierung der Zuwendungen selbst bedeutungslos und wurde, wenn überhaupt, ohne Begründung gegeben. [2] Aus diesem Grunde braucht auf die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts, soweit sie sich mit der Auszeigungspflicht befassen, nicht eingegangen zu werden.

a) Der erste zusammenhängende Entscheidungskomplex zur Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis gehört den Jahren 1900 bis ungefähr 1920 an, jedoch sind auch noch vereinzelte Entscheidungen späterer Jahre dazuzurechnen. Die erste veröffentlichte Entscheidung zur Abgrenzung von Tei-

---

1) BayObLGZ 2, 301 ff. (303), 532 ff. (534); 4, 307; 5, 384 ff. (389 f.); 5, 687 ff. (689); 6, 100 ff. (102); 6, 577.

2) So BayObLGZ 2, 532 ff. (534).

lungsanordnung und Vorausvermächtnis stammt vom Kammergericht.[3] Es qualifizierte eine testamentarische Verfügung als Teilungsanordnung, weil sich der Bedachte die Zuwendung auf seinen Erbteil anrechnen lassen mußte und sie nicht zusätzlich erhielt. Auch in seiner nächsten einschlägigen Entscheidung hielt das Kammergericht an diesem Unterscheidungsmerkmal fest[4] und betrachtete die streitige Anordnung als Teilungsanordnung, weil sie angerechnet werden mußte, obwohl der Übernahmepreis für den Nachlaßgegenstand unter dessen Wert zurückblieb. Nach dem gleichen Gesichtspunkt trennte das Oberlandesgericht Stuttgart die beiden Verfügungsformen voneinander.[5] Es formulierte zwar, daß eine Teilunganordnung vorliege, wenn der Übernahmepreis an die Stelle des Nachlaßgegenstandes trete. Damit sollte aber nichts anderes ausgedrückt werden, als daß die Anrechnung des Zugewendeten für die Abgrenzung entscheidend sei.

Die grundlegende Entscheidung fällte am 27.2.1908 das Reichsgericht.[6] In ihr betrachtete es die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis als zwei sich ausschließende und daher scharf voneinander zu trennende Rechtsinstitute. Als Unterscheidungsmerkmal erschien ihm einzig und allein die Anrechnung geeignet zu sein. Dieses Kriterium sollte auch dann gültig sein, wenn der anzurechnende Übernahmepreis unter dem wahren Wert des Nachlaßgegenstandes liegt. Wird die Zuwendung angerechnet, soll immer eine Teilungsanordnung vorliegen, auch wenn der wirtschaftliche Erfolg einer solchen Verfügung dem eines Vorausvermächtnisses gleichkommt. Dieser könne, wie das Reichsgericht ausdrücklich betonte, nicht entscheidend für die rechtliche Einordnung der Anordnung des Erblassers sein.

Diesem Urteil sind das Oberlandesgericht Dresden,[7] das Bayerische Oberste Landesgericht[8] und das Kammergericht[9] gefolgt. Später hat der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone dieses Kriterium wieder aufgegriffen und zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung gemacht.[10]

---

3) KG vom 10.10.1904, KGJ 28, 196 = OLG 9, 396.
4) KG, Beschluß vom 31.10.1907, KGJ 35, Nr. 22.
5) OLG Stuttgart vom 19.5.1906, FBlFG 7, 446.
6) Abgedruckt in SeuffA 63, 404 ff. und in ZBlFG 8, 770. Es handelt sich hier nicht um zwei ähnliche Entscheidungen des Reichsgerichts, wie COING, a.a.O., JZ 1962, 531, Anm. 13, annimmt, sondern um das gleiche Urteil.
7) OLG Dresden vom 21.11.1912, SächsA 1913, 523.
8) BayObLGZ 13, 13 ff. (19).
9) KG, Beschluß vom 13.3.1919, KGJ 52, 65.
10) OGHZ 1, 161 ff.

b) Grenzt man die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis mit Hilfe der Anrechnungspflicht voneinander ab, so bedeutet dies, daß es in vielen Fällen für die Qualifizierung einer Anordnung entscheidend ist, ob der Erbe den Übernahmepreis von seinem Erbteil abziehen kann, oder ob er ihn ungekürzt in den Nachlaß zahlen muß. Eine reine Formalie bestimmt somit die Rechtsnatur der Verfügung. Dies und die völlige Negierung der wirtschaftlichen Auswirkung der erblasserischen Anordnung veranlaßten die Rechtsprechung, nach anderen Unterscheidungsmerkmalen zu suchen. Der nächste Entscheidungskomplex, dem die meisten der zwischen 1920 und 1942 ergangenen Entscheidungen zuzurechnen sind, orientierte sich daher nicht mehr an der Anrechnungspflicht. Dieser Abschnitt der Rechtsprechung ist weniger einheitlich als der ihm vorangegangene. Erstmals 1924 hatte das Reichsgericht erwogen,[11] auch den Wert des zugewiesenen Gegenstandes bei der Abgrenzung zu berücksichtigen.[12] In diesem Urteil blieb es allerdings noch dahingestellt, ob der Erblasser den Übernahmepreis niederer als den wahren Wert angesetzt hatte, und ob deshalb in der Teilungsanordnung zugleich ein Vorausvermächtnis enthalten sein könne. Diese Erwägungen wurden in einer Entscheidung des Reichsfinanzhofes aufgegriffen,[13] der als Abgrenzungsmerkmal das Verhältnis des wahren Werts der Zuwendung zu dem dafür zu zahlenden Übernahmepreis verwendete. Ein Vorausvermächtnis soll nur dann vorliegen, wenn der Erblasser den Übernahmepreis absichtlich unter dem wahren Wert des Nachlaßgegenstandes festgesetzt hat. Entspricht der Preis dem Wert, oder ist er höher, so soll eine Teilungsanordnung vorliegen. Mit diesem Urteil hat sich der Reichsfinanzhof eindeutig von der auf die Anrechnung abstellenden Rechtsprechung distanziert.[14] Darin folgten ihm die Entscheidungen des Oberlandesgerichts

---

11) RG vom 21.2.1924, RGZ 108, 83.

12) Auch NATHAN, Schließt eine letztwillig getroffene Teilungsanordnung die Annahme eines Vorausvermächtnisses rechtsgrundsätzlich aus?, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg, 21. Jhg. (1929), 36, sieht in dieser Entscheidung die Aufgabe der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts.

13) RFH, Urteil vom 10.7.1928, JW 1928, 3071.

14) A. A. FREIHERR RIEDERER VON PAAR, der in seiner Anmerkung zu diesem Urteil in JW 1928, 3071, meint, die zivilrechtlichen Ausführungen enthielten nichts Neues.

Celle,[15] des Kammergerichts[16] und schließlich des Reichsgerichts,[17] die alle die Verfügung des Erblassers am Verhältnis des Übernahmepreises zum wahren Wert des Nachlaßgegenstandes maßen.

c) Demgegenüber griff der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone[18] wieder darauf zurück, ob die Zuwendung angerechnet werden soll oder nicht. Dieses Kriterium entscheidet aber nicht mehr darüber, ob die Anordnung als Teilungsanordnung oder als Vorausvermächtnis zu qualifizieren ist, sondern nur noch, ob eine Teilungsanordnung vorliegt. Eine nicht anzurechnende Zuwendung gilt nicht ohne weiteres als Vorausvermächtnis, sondern nur dann, wenn sie auch für den bedachten Erben einen Vermögensvorteil darstellt. Dafür erschien dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone das Verhältnis des Preises zum Wert unbeachtlich. Im Anschluß an NATHAN[19] und KIPP[20] betrachtete er es bereits als einen Vermögensvorteil, wenn der Bedachte einen Nachlaßgegenstand nach seinem Belieben erwerben kann. Somit stellt nicht mehr der zugewendete Gegenstand, sondern das Übernahmerecht selbst den Vermögensvorteil dar. Jedes Übernahmerecht bedeutet folglich einen Vermögensvorteil, so daß die Preis-Wert-Relation ganz unbeachtlich ist. Diese Auffassung vom Vermögensvorteil hat sich in der Rechtsprechung durchgesetzt.[21]

d) Von einem bis dahin in der Judikatur nicht verwendeten Kriterium ging dagegen das Oberlandesgericht Hamburg aus.[22] Es prüfte eine erblasserische Anordnung daran, ob die Erbeneigenschaft des Bedachten unter allen Umständen zur Gültigkeitsvoraussetzung gemacht worden war. Wird dies bejaht, dann soll eine reine Teilungsanordnung vorliegen. Ist das Erbewerden des Begünstigten keine conditio sine qua non der Zuwendung, dann muß die

---

15) OLG Celle vom 3.5.1933, HRR 1933, Nr. 1934.

16) KG, Beschluß vom 5.5.1937, JW 1937, 2200.

17) RG, VII ZS vom 22.12.1941, DRW 1942, 977 f.; RG vom 13.11.1942, VII ZS, RGZ 170, 163 ff. (169 f.).

18) OGHBrZ, Urteil vom 22.9.1948, OGHZ 1, 161 ff.

19) NATHAN, a.a.O., Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg, 1929, 33.

20) KIPP, a.a.O., § 85, IV, 1 zu Anm. 11, S. 300.

21) OLG Hamburg, MDR 1950, 420 ff.; BGH, JZ 1962, 541.

22) OLG Hamburg, Urteil vom 20.4.1950, MDR 1950, 420 ff.; Nach BGH, JZ 1962, 541 hat auch der V. ZS in einer unveröffentlichten Entscheidung vom 23.3.1960 dieses Kriterium gebraucht.

Anordnung auf Vermächtnischarakter hin überprüft werden. Den dafür notwendigen Vermögensvorteil sieht das Gericht im Anschluß an den Obersten Gerichtshof der Britischen Zone bereits in der Zuwendung eines Übernahmerechts. Wird der Erbe mit einem Vermögensvorteil bedacht, der von seiner Erbenstellung unabhängig ist, so ist nach Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg ein Vorausvermächtnis gegeben. Trotzdem soll dieses Vorausvermächtnis noch am Kriterium der Anrechnung geprüft werden. Braucht der bedachte Erbe den Übernahmepreis nur abzüglich der seinem Erbteil entsprechenden Quote zu zahlen, dann soll mit dem Vorausvermächtnis eine Teilungsanordnung verbunden sein. Eine genaue Abgrenzung der beiden Anordnungstypen hält das Oberlandesgericht Hamburg dann nicht für möglich, wenn keine reine Teilungsanordnung vorliegt. [23]

e) Mit den bis dahin von der Rechtsprechung verwendeten Kriterien hat sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 8.11.1961 [24] auseinandergesetzt und sie als wenig befriedigend und nicht für jede Anordnung brauchbar bezeichnet. Ein objektiver Vermögensvorteil, der in dem Übernahmerecht selbst gesehen wird ohne Rücksicht auf das Verhältnis des Übernahmepreises zum wahren Wert, soll allein nicht für die Annahme eines Vorausvermächtnisses ausreichen. Der Bundesgerichtshof geht vielmehr bei der Abgrenzung auf das zurück, was er als wesensnotwendig für ein Vermächtnis betrachtet. Das ist für ihn der Wille des Erblassers, den Bedachten zu begünstigen. Entscheidend für die Abgrenzung soll daher sein, ob der Erblasser den Erben durch die Zuwendung bevorzugen wollte. Damit unterscheidet sich der Bundesgerichtshof von der am Preis-Wert-Verhältnis orientierten Rechtsprechung, die zwar die Kenntnis des Erblassers von dem unter dem wahren Wert liegenden Preis verlangte, aber nicht eine auf die besondere Begünstigung gerichtete Absicht forderte. Nach der Meinung des Bundesgerichtshofs liegt also ein Vorausvermächtnis dann vor, wenn der Erblasser einen seiner Erben durch die Zuwendung besonders begünstigen wollte, während eine Teilungsanordnung gegeben sein soll, wenn ihm ein solcher Begünstigungswille fehlte. Eine Begünstigungsabsicht wird vermutet, wenn sich die Verfügung in einem entgeltlichen Erbvertrag befindet. Die Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis an diesem Unterscheidungsmerkmal ist in zwei weiteren, kurz darauf ergangenen Urteilen desselben Senats

---

23) Dies hat das OLG Hamburg in einem Urteil vom 9.11.1950, MDR 1951, 238 f., wiederholt. Auch das OLG Stuttgart hält eine feste Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis nicht für möglich (vom 3.11.1948, NJW 1949, 348). Das BayObLG, das sich in BayObLGZ 14, 401, damit befaßte, ließ es damals dahingestellt.

24) BGHZ 36, 116 ff.

bestätigt und weiterentwickelt worden. Das Urteil vom 29.12.1961 [25] befaßte sich nochmals mit dem Vermögensvorteil. Dabei stellte es fest, daß der objektive Vermögensvorteil eines Miterben eine Anordnung des Erblassers nicht zum Vorausvermächtnis machen könne, wenn eine Bevorzugungsabsicht des Testators bei der Zuwendung fehle, auch wenn sie eine wirtschaftliche Ungleichheit bei gleichbleibenden Erbquoten der Miterben bewirke. Eine Verfügung des Erblassers, die er ohne Begünstigungswillen gemacht habe, sei stets eine Teilungsanordnung. [26] In dem Urteil vom 21.2.1962 dehnt der Bundesgerichtshof diese Grundsätze auf Zuwendungen ohne Übernahmepreis aus. [27] Auch hier soll nur die Absicht des Erblassers, einen Erben besonders zu begünstigen, entscheiden, ob ein Vorausvermächtnis vorliegt. Die Anrechnung auf den Erbteil spielt nach dieser Entscheidung nur insoweit eine Rolle, als dann neben dem Vorausvermächtnis in der Verfügung noch eine Teilungsanordnung enthalten sein soll.

Die genannten Urteile des Bundesgerichtshofs waren jedoch nicht die ersten Äußerungen, die die beiden Rechtsinstitute nach der vom Erblasser mit der Zuwendung verfolgten Absicht abgrenzten. Die Literatur und vereinzelt auch die Rechtsprechung haben dieses Kriterium bereits früher gebraucht. In der Rechtsprechung hat 1931 das Oberlandesgericht Rostock eine Anordnung an der Intention des Erblassers gemessen und dann eine Teilungsanordnung angenommen, wenn der Testator seine Erben grundsätzlich gleichstellen wollte. [28] Auch das Reichsgericht hat bei der Qualifikation der letzten ihm vorgelegten erblasserischen Verfügung darauf abgestellt, ob der Erbe gegenüber seinen Miterben wesentlich bevorzugt werden sollte oder nicht. [29]

f) Vergleicht man die einzelnen Stadien der Rechtsprechung, so wird deutlich, daß sie ihren objektiven Ausgangspunkt im Laufe der Zeit ganz verlassen und sich fast ausschließlich subjektiven Kriterien zugewendet hat. Während die ersten Entscheidungen allein objektive Kritierien für richtig hielten, ging die allgemeine Tendenz bald dahin, auch die subjektiven zu berücksichtigen, die dann immer mehr an Bedeutung gewonnen haben. Als objektives Merkmal wird heute nur noch der Vermögensvorteil gebraucht, dem selbst aber keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zukommt, da die Abgrenzung rein im sub-

---

25) BGH, V. ZS vom 29.12.1961, JZ 1962, 542.

26) Ob in der Teilungsanordnung auch ein Vorausvermächtnis enthalten sein kann, läßt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung dahingestellt.

27) BGH, V ZS, Urteil vom 21.2.1962, LM, § 2048, Nr. 5 a.

28) OLG Rostock vom 23.4.1931, SOERGEL, 1931, zu § 2048.

29) RG, II ZS, Urteil vom 16.9.1943, RGZ 171, 359 ff.

jektiven Bereich liegt.

Auch die Methode, die beiden Anordnungstypen zu trennen, hat sich gewandelt. Während im Anfang die Rechtsprechung noch die Unterschiede zwischen den beiden herausarbeitete und damit zu einer Abgrenzung zu kommen versuchte, mißt sie nun die Anordnungen des Erblassers an den Charakteristika des Vorausvermächtnisses. Entspricht sie ihnen, dann liegt ein Vorausvermächtnis vor; weist sie diese Merkmale nicht auf, dann ist eine Teilungsanordnung gegeben.

Usprünglich vertrat die Rechtsprechung die Ansicht, daß eine scharfe Trennung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis notwendig und durchführbar wäre. Heute verneint sie jedoch die Möglichkeit einer sauberen Abgrenzung und qualifiziert eine erblasserische Anordnung zugleich als Teilungsanordnung und als Vorausvermächtnis, ohne zu klären, ob dies wegen der verschiedenen Rechtsfolgen beider überhaupt möglich ist.

2. DAS SCHRIFTTUM

Der Standpunkt der Literatur zur Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis hat ebenso wie der der Rechtsprechung häufig geschwankt. In der jeweiligen Beantwortung der Frage war sich die Lehre jedoch noch weniger einig als die Rechtsprechung. Ein Kriterium löste nicht wie in der Rechtsprechung nach einer gewissen Zeit ein anderes ab und ersetzte es fast allgemein, sondern die verschiedenen Abgrenzungsmerkmale wurden von den verschiedenen Autoren zur gleichen Zeit verwendet. Es konnte sich daher anders als in der Rechtsprechung nie eine wirklich herrschende Meinung bilden.

Unmittelbar nach dem Inkrafttreten des BGB unterschied man Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, wenn dies überhaupt als notwendig erkannt wurde, mit dem Kriterium der Anrechnung.[30] Unter dem Einfluß der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 27.2.1908[31] wurde in der Folgezeit dieses Unterscheidungsmerkmal häufig als entscheidend angesehen.[32]

---

30) STROHAL, a.a.O., S. 204, Anm. 10; NEUMANN, a.a.O., § 2048, Bem. 3.

31) RG, SeuffA 63, 404 f.

32) ENGEL, a.a.O., S. 10; STEDLER, a.a.O., § 12, S. 55; KRETZSCHMAR, Das Vorausvermächtnis, Sächsisches Archiv für Rechtspflege, Neue Folge 2, 1922, III, S. 5; ROSENBAUER, a.a.O., § 4, S. 21.

Selbst nachdem die Rechtsprechung sich gewandelt hatte, blieben viele diesem bewährten Kriterium treu [33] und benutzten bzw. benutzen es zumindestens als Ansatzpunkt für eine Abgrenzung.

Daneben wurde aber sehr bald von STENGER [34] und MARCUSE [35] hervorgehoben, daß entscheidend für die Qualifizierung einer erblasserischen Anordnung sei, ob der Bedachte die Zuwendung auf jeden Fall erhalten soll oder nur, wenn er Erbe wird; im ersten Fall liege ein Vorausvermächtnis vor, während im letzteren eine Teilungsanordnung gegeben sei. Ihnen schlossen sich z. B. FLAD, [36] MODEL [37] und RECHENMACHER [38] an. [39]

Dem wirtschaftlichen Erfolg der Zuwendung erkannten VON HERZFELDER [40] und KOHLER [41] Bedeutung zu. Sie trennten im Anschluß an die Rechtsprechung

---

33) SIMEON-DAVID, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, 1. Bd., 2. Hälfte, 14./15. Aufl., 1929, S. 563; FLAD, a.a.O., DGem und WirtschaftsR 1937, 233; KIPP, a.a.O., § 85, IV, S. 299 f.; BARTHOLOMEYCZIK, a.a.O., § 43, III, 3, C, S. 81; KIPP-COING, a.a.O., § 117, IV, 1, S. 494 f.; LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, e, S. 587, § 27, V, 1, d, S. 272; WARNEYER, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., 1932, § 2048, Bem. 1; SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 6. Aufl., 1937, § 2048, Bem. 2; SCHLEGELBERGER-VOGELS, a.a.O., § 2150, Bem. 4; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 7, § 2032, Bem. 4; SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 4; EHARD-EDER in SOERGEL, § 2048, Bem. 2.

34) STENGER, a.a.O., S. 91.

35) MARCUSE, a.a.O., S. 5, vgl. auch S. 1, 7.

36) FLAD in PLANCK, § 2150, Bem. 3.

37) MODEL, Testamentsrecht in bürgerlich-rechtlicher und steuerlicher Sicht, 1962, Randnummer 146 a, S. 91.

38) RECHENMACHER in PALANDT, § 2048, Bem. 1 (19. Aufl.); ebenso KEIDEL in PALANDT, § 2048, Bem. 1.

39) KRETZSCHMAR, Erbrecht, § 39, II, 2, Anm. 13, S. 149, und Das Vorausvermächtnis, Sächsisches Archiv für Rechtspflege, Neue Folge, 2. Jhg., 1922, S. 5, wollte dagegen trotz der etwas unklaren Formulierung wohl nur mit der Anrechnung und nicht am Erbewerden abgrenzen, denn er untersuchte nur die Auswirkungen des Nichterbewerdens auf die Anordnung, wobei er die Vorstellungen des Erblassers außer acht ließ.

40) VON HERZFELDER in STAUDINGER, 9. Aufl., 1926/1928, § 2048, Bem. 1.

41) KOHLER, Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 3.11.1948, NJW 1949, 348 ff.

die Teilungsanordnung vom Vorausvermächtnis danach, ob der festgesetzte Preis über oder unter dem wahren Wert der hinterlassenen Sache liegt. Die Mehrzahl der Autoren [42] lehnte es jedoch auch nach dem Urteil des Reichsgerichts vom 21.2.1924 [43] ab, der Preis-Wert-Relation Rechnung zu tragen.[44]

KUETGENS scheint der erste gewesen zu sein, der darauf hinwies, daß man nur mit Hilfe des Erblasserwillens eine Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis finden könne.[45] Er sah eine Verfügung des Testators dann als Vorausvermächtnis an, wenn dieser dem Bedachten ein selbständiges Forderungsrecht auf den Gegenstand zuwenden wollte, während er sie als Teilungsanordnung qualifizierte, wenn die Forderung aus der Zuwendung nicht selbständig, sondern erst bei der Teilung geltend gemacht werden sollte. Auch NATHAN [46] verwendete den Erblasserwillen, um die beiden Anordnungstypen voneinander abzugrenzen. Anders als KUETGENS untersucht er ihn aber darauf hin, ob der Bedachte durch die Zuwendung begünstigt werden sollte. Nur wenn dieses vom Erblasser gewollt war, liegt nach seiner Ansicht ein Vorausvermächtnis vor; sollte der Erbe nicht besonders begünstigt werden, soll eine Teilungsanordnung gegeben sein. Bei der Auslegung einer Verfügung berücksichtigt er ihren wirtschaftlichen Erfolg als wichtiges Indiz.[47] FLAD griff den Begünstigungswillen als zusätzliches Kriterium neben der Anrechnungspflicht auf.[48]

In der Folgezeit blieb dieses Unterscheidungsmerkmal in der Lehre unbe-

---

42) STEDLER, a.a.O., § 12, S. 56; MARCUSE, a.a.O., S. 3, 7; ENGEL, a.a.O., S. 11; KUETGENS, a.a.O., § 3, Anm. 2, S. 4; SIMÈON-DAVID, a.a.O., S. 563; HAIDLEN-MAYER, a.a.O., § 78, V, Anm. 20, 22, S. 294 f.; WARNEYER, a.a.O., § 2048, Bem. 1; SOERGEL, a.a.O., § 2048, Bem. 2 (6. Aufl.).

43) RGZ 108, 83.

44) Etwas abweichend LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, e, S. 587, der ein Vorausvermächtnis in dem Anspruch auf Erwerb zu niederem Übernahmepreis erblickt.

45) KUETGENS, a.a.O., § 3, S. 5. Ihm hat WERTHEIM, a.a.O., § 10, S. 65, vorgeworfen, er unterscheide sich mehr durch Worte als dem Inhalt nach von der herrschenden Meinung und arbeite nicht mit juristischen Begriffen.

46) NATHAN, a.a.O., Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg, 1929, S. 33 ff.

47) NATHAN, a.a.O., Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg, 1929, S. 38.

48) FLAD, a.a.O., DGem und WirtschaftsR 1937, S. 233.

achtet. Erst NATTER verwendete es wieder.[49] Im Unterschied zu KUETGENS, NATHAN und FLAD prüft er zuerst, ob ein objektiver Vermögensvorteil vorliegt. Erst dann untersucht er, ob der Erblasser den Erben durch die Zuwendung begünstigen wollte. Sollte der Erbe gegenüber seinen Miterben bevorzugt werden, so qualifiziert er die Verfügung als Vorausvermächtnis; fehlte ein solcher Begünstigungswille, so soll eine Teilungsanordnung gegeben sein. Den Vermögensvorteil faßt er im Anschluß an KIPP [50] und die sich auf diesen stützende Rechtsprechung sehr weit. Die Ausführungen NATTER's sind für die Judikatur bedeutsam geworden, denn unter Berufung auf ihn hat sich der Bundesgerichtshof zu dem Begünstigungswillen als dem entscheidenden Kriterium bekannt. EMMERICH [51] und MATTERN [52] haben sich dieser Ansicht angeschlossen. Auch COING ist ihr gefolgt,[53] betont aber stärker, daß eine objektive Begünstigung unbedingt erforderlich ist.

Demgegenüber sieht GRUNSKY den objektiven Vermögensvorteil für allein entscheidend an.[54] Im Gegensatz zur allgemeinen Tendenz nimmt er einen solchen nur an, wenn der Nachlaßgegenstand umsonst oder unter seinem wahren Wert erworben wird. Der Begünstigungswille des Erblassers ist ihm nur insoweit von Bedeutung, als ohne ihn ein Merkmal des Vorausvermächtnisses fehlt. Für die Abgrenzung selbst mißt ihm GRUNSKY keine Rolle bei.

Die Literatur zeigt somit ein buntes und wenig einheitliches Bild. Sie hat sich von der Rechtsprechung Impulse geben lassen wie diese auch von ihr. Eine herrschende Meinung vermochte sich aber im Schrifttum nicht herauszubilden. Noch weit mehr entfernt ist man von einer Übereinstimmung von Judikatur und Rechtslehre. Daß sich unter dem Eindruck der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine einheitliche Ansicht zu dieser Frage herauskristallisieren könnte, läßt sich wegen des äußerst geringfügigen Rechtsprechungsmaterials beim Bundesgerichtshof [55] bezweifeln.

---

49) NATTER, a.a.O., JZ 1959, 151 ff.

50) KIPP, a.a.O., § 85, IV, 1, zu Anm. 11, S. 300.

51) EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271 ff.

52) MATTERN, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.2.1962, LM § 2048, Nr. 4; Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 450 ff. (463).

53) COING, a.a.O., JZ 1962, 529 ff.

54) GRUNSKY, Zur Abgrenzung der Teilungsanordnung gegenüber dem Vorausvermächtnis, JZ 1963, 250 ff.

55) Es handelt sich um drei Entscheidungen.

VII. ZUR ABGRENZUNG VON TEILUNGSANORDNUNG UND VORAUSVERMÄCHTNIS

1. DIE DREI FALLGRUPPEN

Wenn man die letztwilligen Anordnungen, die den Gerichten unterbreitet wurden, auf ihren Inhalt hin untersucht und vergleicht, so fällt auf, daß in der überwiegenden Mehrzahl der mitgeteilten Verfügungen der Erblasser einem seiner Erben das Recht einräumt, einen näher bezeichneten Teil des Nachlasses zu einem bestimmten Preis zu übernehmen.[1] Die Übernahme hängt von der gestaltungsrechtlichen Erklärung des Bedachten, er wolle den betreffenden Gegenstand übernehmen, und der Zahlung des Übernahmepreises ab. In der Regel ist Gegenstand eines solchen Übernahmerechts ein bebautes oder unbebautes Grundstück.[2] Viel seltener bezieht es sich auf ein Handelsgeschäft oder eine Geschäftsbeteiligung.[3] Bewegliche Sachen als Gegenstand des Übernahmerechts kommen kaum vor, seitdem die ehemals übliche Auszeigungspflicht des bayerischen Landrechts mit diesem zusammen verschwunden ist.[4] Erstaunlich bei diesen Anordnungen ist, daß der Übernahmepreis oft unter dem wahren Wert des Nachlaßgegenstandes festgesetzt ist. Daneben hat sich die Judikatur aber auch mit Anordnungen befassen müssen, in denen einem Erben ein Teil des Nachlasses zugewiesen wird, ohne daß dafür ein Übernahmepreis entrichtet werden muß.[5]

Das gleiche Bild zeigt sich, wenn man bei einem Nachlaßgericht die Verfügungen des Erblassers untersucht, deretwegen es zwar nicht zum Streit gekom-

---

1) RG, SeuffA 63, 404 f.; RGZ 108, 83; RGZ 170, 163 ff.; RFH, JW 1928, 3071; BGH, JZ 1962, 542; OGHZ 1, 161 ff.; KG, JW 1937, 2200; BayObLGZ 21, 191 ff.; OLG Celle, HRR 1933, Nr. 1934; OLG Dresden, SächsA 1913, 523; HansOLG Hamburg, MDR 1950, 420; OLG Kiel, JR 1947, 54 ff.; OLG Rostock, Soergel 1931, § 2048; OLG Rostock, MecklZ 49, 118; OLG Stuttgart, ZBlFG 7, 446; OLG Stuttgart, KGJ 32, A 305; LG Rottweil vom 1.2.1961, 2-0-222/60.

2) RFH, JW 1928, 3071 betraf ein Übernahmerecht für eine Geschäftsbeteiligung.

3) Vgl. z. B. die Entscheidungen KGJ 35, Nr. 22, A 78 ff. und LG Rottweil vom 1.2.1961, 2-0-222/60, die neben dem Übernahmerecht für Grundstücke auch ein Übernahmerecht für bewegliche Sachen enthalten.

4) BayObLGZ 2, 301 ff.; 2, 532 ff.; 4, 307; 5, 384 ff.; 5, 687 ff.; 6, 100 ff.; 6, 577.

5) RG, DRW 1942, 977 f.; KGJ 28, 196; BGH, LM § 2048, Nr. 5, BGH, DNotZ 1963, 112.

men ist, deren rechtliche Einordnung aber ungewiß ist, weil sie generell sowohl eine bloße Ausgestaltung des Erbteils als auch die Zuweisung eines besonderen Vermögensvorteils enthalten können. Am häufigsten sind auch hier die von einer gestaltungsrechtlichen Erklärung des Bedachten abhängigen Übernahmerechte. [6] Meistens ist ihr Inhalt die Übernahme eines Grundstücks zu einem bestimmten Preis. Neben dieser Fallgruppe kommen jedoch auch reine Zuweisungen vor, für die kein Wertausgleich angeordnet ist. [7]

Der Praxis machen somit zwei Gruppen von Anordnungen Schwierigkeiten, nämlich Übernahmerechte, die von der Ausübung des Bedachten abhängig sind, und Zuwendungen ohne Festsetzung einer Gegenleistung. Daneben existiert jedoch noch eine dritte Gruppe von Verfügungen, die prima facie sowohl als Teilungsanordnung als auch als Vorausvermächtnis qualifiziert werden könnte, nämlich die der Übernahmepflichten. [8] Das sind die Fälle, in denen der Erblasser einem der Erben einen Nachlaßgegenstand zuweist und von der Übernahme des Gegenstandes die Erbeinsetzung abhängig macht. Meistens setzt er auch einen Preis für den Gegenstand fest oder läßt ihn durch einen Dritten bestimmen.

Jede der drei Fallgruppen ist durch die Verbindung zwischen Erbschaftserwerb und der jeweiligen Zuweisung charakterisiert. Bei den Übernahmerechten ist der Erbschaftserwerb des Bedachten von der Übernahme des Nachlaßgegenstandes völlig unabhängig. Der Betreffende erwirbt nicht automatisch mit der Erbschaft den konkreten Nachlaßgegenstand, sondern nur, wenn er sich zur Über-

---

6) Diese Anordnungen lauten z. B.: "Sohn F. hat das Recht, das Haus zum gemeinderätlichen Schätzungspreis zu übernehmen" (aus einem privatschriftlichen Testament). In notariellen Testamenten heißt es: "Meine Tochter hat das Recht, meine Grundstücke zu übernehmen. Der Übernahmepreis beträgt 20 000 DM. Er ist bei der Auseinandersetzung mit den übrigen Erben zu verrechnen"; oder "Die Tochter hat das Recht, das Wohnhaus um 4 000 DM zu übernehmen"; oder "Ehefrau hat das Recht, das Grundstück zum amtlichen Schätzungspreis zu übernehmen"; oder "Sohn erhält das Recht, das Grundstück lastenfrei zu übernehmen"; "Der Übernahmepreis beträgt für das Wohnhaus 3/4 des gemeinderätlichen Schätzungspreises".

7) Z. B. von den 7 Geschwistern, die Testamentserben sind, soll "B. die Kleider, Bücher und die übrigen Bankguthaben erhalten" (aus einem privatschriftlichen Testament).

8) Übernahmepflichten kennen z. B. auch MARCUSE, a. a. O., S. 6; CROME, a. a. O., Anm. 146, S. 726; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 6;

nahme bereit erklärt und wenn er einen eventuellen Übernahmepreis entrichtet. Bei Zuwendungen ohne Gegenleistung wird der Betreffende - wie bei der vorangehenden Fallgruppe - auf jeden Fall Erbe, er erwirbt aber den zugewiesenen Gegenstand ohne eigenes Zutun. Bei den Übernahmepflichten wird dagegen der Bedachte nur dann Erbe, wenn er den Nachlaßgegenstand übernimmt und unter Umständen den festgesetzten Übernahmepreis bezahlt. Die Gruppe der Übernahmerechte und die der Zuweisungen ohne Gegenleistung gleichen sich darin, daß der Erwerb der Erbschaft nicht von der Übernahme eines bestimmten Nachlaßgegenstandes abhängig ist. Sie unterscheiden sich aber darin, daß bei der ersteren die Forderung auf den Nachlaßgegenstand nur durch die eigene Erklärung des Bedachten entsteht, während sie bei der letzteren ohne weiteres erworben wird. Die Übernahmerechte und die Übernahmepflichten entsprechen sich darin, daß der betreffende Nachlaßgegenstand auf Grund einer gestaltungsrechtlichen Erklärung und möglicherweise gegen Bezahlung eines Preises übernommen werden kann. Sie differieren aber insoweit, als bei den Übernahmepflichten der Erwerb der Erbschaft von dem eines bestimmten Nachlaßgegenstandes abhängig ist, während bei den Übernahmerechten eine solche Konnexität fehlt. Die Zuweisungen ohne Übernahmepreis und die Übernahmepflichten weichen darin voneinander ab, daß nur bei den Übernahmepflichten eine gestaltungsrechtliche Erklärung erforderlich ist und daß bei ihnen der Erbschaftserwerb mit dieser Übernahme gekoppelt ist.

Da jeder dieser drei Typen ein verschiedener, von den anderen erheblich abweichender Sachverhalt zugrundeliegt, der möglicherweise zu unterschiedlichen rechtlichen Folgerungen zwingt, erscheint es nicht sicher, ob für alle drei das gleiche Kriterium für die Einordnung als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis zutrifft.[9] Daher ist jede der Gruppen gesondert zu untersuchen und unabhängig von den anderen an den Unterscheidungsmerkmalen von Teilungsanord-

---

Fortsetzung der Fußnote 8 von Seite 76:
EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271.

9) Eine Einordnung als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis kommt jedoch nur dann in Frage, wenn mehrere Miterben vorhanden sind. Ist nur ein Alleinerbe oder Alleinvorerbe vorhanden, so kann eine Teilungsanordnung, deren Aufgabe die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft ist, nicht errichtet werden. Dagegen kann ein Vorausvermächtnis auch einem Alleinerben oder Alleinvorerben wirksam hinterlassen werden, vgl. dazu aus neuerer Zeit LANGE, a.a.O., § 27, 1, d, S. 272; BGHZ 32, 60 ff.; MATTERN, Anmerkung zu § 1967 Nr. 1 bei LM; a. A. BOEHM, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 1900, S. 140.

nung und Vorausvermächtnis zu messen. Im folgenden wird zunächst die Fallgruppe der Übernahmerechte (2), sodann die der Übernahmepflichten (3) und schließlich die der Zuwendungen ohne Gegenleistung (4) behandelt.

2. ÜBERNAHMERECHTE MIT NOTWENDIGER GESTALTUNGSRECHTLICHER ERKLÄRUNG DES BEDACHTEN

Die Übernahmerechte mit notwendiger gestaltungsrechtlicher Erklärung des Bedachten werden nach der herrschenden Terminologie des Bundesgerichtshofs,[10] COING's,[11] EMMERICH's[12] und anderer[13] nur Übernahmerechte[14] genannt. Diese Bezeichnung soll auch im folgenden verwendet werden.

Dieser Fallgruppe, die von den hier zu behandelnden die praktisch wichtigste ist, gehören alle Anordnungen des Erblassers an, in denen er einen Erben berechtigt, auf Grund eigener Entscheidung einen Gegenstand aus dem Nachlaß zu übernehmen. Für die Zuordnung zu dieser Gruppe ist es unerheblich, ob der Testator einen Übernahmepreis festgesetzt hat[15] und ob dieser dem Verkehrs-

---

10) BGH, JZ 1962, 541.

11) COING, a.a.O., JZ 1962, 532.

12) EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271.

13) Z. B. BOEHMER, Anmerkung zu OGHBrZ vom 22.9.1948, MDR 1949, 288; WINTER, a.a.O., S. 59; GRUNSKY, a.a.O., JZ 1963, 251; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 458; KIPP, a.a.O., § 85, IV S. 299 f.; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 6.

14) Im österreichischen Recht heißen sie "Aufgriffsrechte".

15) Irrte der Erblasser erkenntlich bei der Festsetzung des Übernahmepreises, und hat er auch seinen Irrtum später nicht entdeckt, so wird man, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung den vom Erblasser vorgestellten Preis an die Stelle des irrtümlichen setzen. Erkannte der Erblasser seinen Irrtum, und hielt er gleichwohl seine Verfügung aufrecht, so ist anzunehmen, daß er die Verfügung so bestehen lassen wollte, als sei sie irrtumsfrei zustandegekommen.

wert des Nachlaßgegenstandes entspricht, ihn übersteigt oder ihn nicht erreicht [16] oder ob überhaupt kein Übernahmepreis gezahlt werden muß.[17]

Der besondere Fall, daß ein Landgut Gegenstand eines Übernahmerechts ist, ist in § 2049 aufgenommen. Diese Bestimmung trifft eine Regelung für den Übernahmepreis des Landgutes. Aus der systematischen Stellung unmittelbar hinter der Normierung der Teilungsanordnung in § 2048 läßt sich daher kein Schluß für die Qualifizierung der Übernahmerechte im allgemeinen ziehen.

a) Auf Grund des Übernahmerechts allein hat der Bedachte noch kein Forderungsrecht auf den Nachlaßgegenstand, den er zu übernehmen berechtigt ist. Der Anspruch entsteht vielmehr erst mit der gestaltungsrechtlichen Erklärung des Bedachten, er wolle das Übernahmerecht ausüben.[18] Da es zum Wesensmerkmal der Teilungsanordnung gehört, kein selbständiges, vom Aus-

---

16) Verändert sich das Verhältnis des Übernahmepreises zum Wert der Sache, so ist es Aufgabe der ergänzenden Auslegung, den mutmaßlichen Willen des Erblassers festzustellen, vgl. GRUNSKY, a.a.O., JZ 1963, 252. Über den Einfluß eines Währungsverfalls auf den Übernahmepreis vgl. ENDEMANN, Anmerkung zu RG 108, 83, JW 1924, 1970 f.; ROSENBAUER, a.a.O., § 17; KREGEL in RGRK, § 2048, Bem. 10, 11; SEYBOLD in STAUDINGER, Vorbem. 14h vor § 2147 mit weiteren Nachweisen.

17) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 463, hat vorgeschlagen, bei den Übernahmerechten wie auch bei den anderen Fallgruppen die einzelnen Rechtsfolgen jeweils demjenigen der beiden Rechtsinstitute zu entnehmen, das eine den Vorstellungen des Erblassers entsprechende Regelung bereithält, und sie zu verbinden. Das Erbrecht stellt dem Erblasser aber nur eine bestimmte, abschließend geregelte Anzahl von Anordnungstypen zur Verfügung, die er nur insoweit abändern kann, als es das Gesetz zuläßt, vgl. KIPP-COING, a.a.O., § 1, III, 3, b, S. 6. Die Kombination der Rechtsfolgen der Teilungsanordnung und des Vorausvermächtnisses überschreitet die vom BGB zugelassenen Änderungen an Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis. Sie würde daher einen neuen, nicht vorgesehenen und somit nicht zulässigen Anordnungstypus darstellen. Eine Doppelsubsumtion scheidet deshalb aus.

18) ROSENBAUER, a.a.O., § 4, S. 23; HAEGELE, Wirksamkeit und Auslegung der durch Verfügung von Todes wegen eingeräumten Befugnisse zur Übernahme eines Hofes im Erbhofrecht, DFG 1936, 95; BOEHMER, a.a.O., MDR 1949, 288; NATTER, a.a.O., JZ 1959, 152; KIPP-COING, a.a.O., § 117,

einandersetzungsbegehren unabhängiges Forderungsrecht zu geben, während das Vorausvermächtnis dem Bedachten einen selbständigen Anspruch gewährt,[19] liegt es nahe, die Übernahmerechte ausnahmslos als Teilungsanordnungen einzustufen.[20] So einfach ist freilich ihre Qualifizierung nicht. Indem der Erblasser dem Bedachten ein Übernahmerecht einräumt, verfügt er, daß dieser einen Anspruch auf den betreffenden Nachlaßgegenstand erst haben soll, wenn er das Übernahmerecht ausübt. Die gestaltungsrechtliche Erklärung des Bedachten ist daher eine aufschiebende Bedingung für das Entstehen des Anspruchs aus dem Übernahmerecht.[21] Die Ausführung dieser Bedingung ist zwar in das Belieben des Berechtigten gestellt, aber auch solch eine Potestativbedingung ist eine echte Bedingung.[22] Gibt der Bedachte die Übernahmeerklärung ab, so entsteht damit das Forderungsrecht.[23] Da auch das Forderungsrecht des Vorausvermächtnisnehmers entsprechend §§ 2150, 2177 aufschiebend bedingt sein kann, folgt aus dem Entstehen des Anspruchs nicht, daß das Übernahmerecht grundsätzlich nicht als Vorausvermächtnis qualifiziert werden könnte. Die beiden Rechtsinstitute, Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis, unterscheiden sich in bezug auf das Forderungsrecht nicht in der Art, wie es *entsteht*, sondern vielmehr darin, wie es *geltend gemacht* wird. Ob der aufschiebend bedingte Anspruch des Übernahmeberechtigten jedoch selbständig oder nur in Verbindung mit dem Auseinandersetzungsbegehren erhoben werden kann, ergibt sich aus seinem Entstehen nicht. Dies kann vielmehr erst retrospektiv festgestellt werden, wenn die Rechtsnatur des Übernahmerechts auf andere Weise geklärt worden ist.

b) Da die Teilungsanordnung ihre Wirkungen nur entfalten kann, wenn der Betroffene *Erbe* wird, während das Vorausvermächtnis auch dann wirksam ist, wenn der Bedachte *nicht* Erbe wird, bietet es sich an, die Verknüpfung

---

Fortsetzung der Fußnote 18 von Seite 79:
V, S. 495; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 6.

19) Vgl. oben VI, 3, S. 49.

20) So z. B. ROSENBAUER, a.a.O., § 4, S. 23. KIPP-COING, a.a.O., § 117, V, 1, S. 495, bezeichnet das Übernahmerecht als vermächtnisähnlich, legt ihm aber den Charakter einer Teilungsanordnung bei. COING, a.a.O., JZ 1962, 532, Anm. 20, hat diese Einschränkung aufgegeben.

21) Vgl. NATTER, a.a.O., JZ 1959, 152; BGH, JZ 1962, 541.

22) NATTER, a.a.O., JZ 1959, 152.

23) Nach NATTER, a.a.O., JZ 1959, 152, soll das Forderungsrecht entsprechend §§ 158, 159 rückwirkend zum Zeitpunkt des Erbfalls entstehen.

des Übernahmerechts mit der Erbenstellung des Bedachten als Kriterium zu verwenden, um dieses Recht als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis zu qualifizieren.[24] Um festzustellen, ob eine solche Verknüpfung vorliegen soll oder nicht, muß man auf den Erblasserwillen rekurieren. Für den Erblasser steht es aber meist außer Frage, daß derjenige, den er zum Erben einsetzt, auch die Erbschaft annehmen wird. Daher macht er sich in der Regel keine Gedanken, ob das Übernahmerecht von der Erbenstellung abhängig sein soll. Nachträgliche Erwägungen darüber, was der Testator verfügt hätte, wenn er daran gedacht hätte, daß der Übernahmeberechtigte vielleicht nicht Erbe wird, müssen darum hypothetischer Natur bleiben und sind deshalb schwer anzustellen. Aber selbst wenn der Erblasser den Fall bedacht hätte, daß der Berechtigte nicht Erbe wird, so ist sein Wille, was dann zu gelten habe, praktisch kaum feststellbar.[25]

Entscheidend ist aber, daß nach §§ 2150, 2177 auch das Vorausvermächtnis durch die Erbenstellung des Begünstigten bedingt sein kann. Daß der endgültige Erbantritt des Bedachten als mögliche Bedingung im Sinne des § 2177 vom Gesetzgeber angesehen worden ist, ergibt sich aus § 2110 Abs. 2; denn die Auslegungsregel, daß der Vorerbe dem Nacherben im Zweifel nicht das Vorausvermächtnis herausgeben muß, ist nur sinnvoll, wenn die Möglichkeit besteht, das Vorausvermächtnis an die Erbenstellung zu binden.[26]

Wenn aber die Wirksamkeit des Vorausvermächtnisses von der Annahme der Erbschaft abhängig sein kann,[27] so ist die Verknüpfung der Zuwendung mit der Erbenstellung kein geeignetes Kriterium, um das Übernahmerecht als Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis einzuordnen.[28]

---

24) So grenzen z. B. ab: MARCUSE, a.a.O., S. 5 f.; KRETZSCHMAR, Das Vorausvermächtnis, SächsA 1922, 5; ders. Erbrecht, § 39, II, 2, Anm. 13, S. 149; FLAD in PLANCK, § 2150, Bem. 3; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 7; SEYBOLD in STAUDINGER, § 2150, Bem. 7.

25) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 458; BGH, JZ 1962, 541.

26) Ebenso WINTER, a.a.O., S. 7 f.

27) Eine solche Bedingung muß der Erblasser ausdrücklich setzen. Eine stillschweigende Bedingung dieser Art kann man in der Regel nicht annehmen, vgl. STROHAL, a.a.O., S. 240, Anm. 11.

28) KUETGENS, a.a.O., § 3, S. 7; WINTER, a.a.O., S. 28; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 457; BGH, JZ 1962, 541.

c) Weil die Teilungsanordnung und das Vorausvermächtnis sich darin unterscheiden, daß die Teilungsanordnung nur den Erbteil konkretisiert, das Vorausvermächtnis aber zum Erbteil zusätzlich erworben wird, wurde früher meist die Anrechnung der Zuwendung als Kriterium für die rechtliche Natur des Übernahmerechts verwendet.

Als anrechenbar kommt beim Übernahmerecht ein eventuell zu entrichtender Übernahmepreis in Betracht. Wird der vom Erblasser oder einem Dritten festgesetzte Preis sofort vom Erbteil des Bedachten abgezogen, und erhält der Bedachte in der Erbauseinandersetzung nur noch den diesen übersteigenden Teil seines Erbes heraus, so kann man sagen, daß der Übernahmepreis angerechnet wird, und man müßte das Übernahmerecht als Teilungsanordnung einstufen. Zahlt der Übernahmeberechtigte jedoch den Preis aus eigenen Mitteln in den Nachlaß, und nimmt er in der vollen Höhe seiner Erbquote an der Auseinandersetzung teil, dann müßte, weil der Preis nicht angerechnet wird, ein Vorausvermächtnis vorliegen. Das bedeutete, daß es von Zufälligkeiten und Äußerlichkeiten abhinge, wie ein solches Übernahmerecht einzuordnen ist. Übernahmerechte, die sich sonst in Gegenstand und Preis völlig gleichen, würden nur deshalb unterschiedlich qualifiziert werden, weil die Zahlungsmodalitäten verschieden sind. Rechtsprechung und Literatur sehen daher heute mit Recht davon ab, die Anrechnung bei den Übernahmerechten, für die ein Übernahmepreis gezahlt werden muß, als Kriterium zu verwenden.[29] Ob sie bei Übernahmerechten ohne jeden Übernahmepreis brauchbar ist,[30] kann nicht erörtert werden, ehe nicht feststeht, daß nicht alle Fälle des Übernahmerechts mit dem- oder denselben Unterscheidungsmerkmalen erfaßt werden können.

d) Das Übernahmerecht gibt dem Bedachten die Möglichkeit, den betreffenden Nachlaßgegenstand, eventuell gegen Zahlung eines Übernahmepreises, zu verlangen und dann an der Auseinandersetzung des restlichen Nachlasses teilzunehmen.[31] Der Berechtigte kann aber auch auf das Übernahmerecht ver-

---

29) Vgl. z. B. EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 459; BGH, JZ 1962, 541.

30) So BGH, JZ 1962, 541; COING, a.a.O., JZ 1962, 533; EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 459.

31) Bei der Auseinandersetzung tritt der vom Erblasser festgesetzte Preis des Nachlaßgegenstandes an die Stelle dieses Nachlaßgegenstandes. Im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern bleibt jedoch der betreffende Gegenstand Bestandteil des Nachlasses; vgl. COING, a.a.O., JZ 1962, 532 zu Anm. 21.

zichten [32] und damit ein normales Auseinandersetzungsverfahren herbeiführen. Übt er das Übernahmerecht aus, so bringt ihm das keinerlei Nachteile; denn er bleibt im vollen Umfang seiner Erbquote am Nachlaß beteiligt. Das Übernahmerecht ermächtigt den Bedachten folglich, zwischen zwei Möglichkeiten der Erbauseinandersetzung zu wählen. Er entscheidet damit unmittelbar und ohne Zustimmung der übrigen Erben, ob ihm der vom Erblasser genannte Gegenstand zufallen soll oder nicht. Diese Möglichkeit fehlt dem Miterben ohne ein solches Übernahmerecht. Aus dem Umstand, daß im Falle eines Übernahmerechtes der bedachte Erbe bestimmt, ohne ein solches Übernahmerecht aber die Erbengemeinschaft entscheidet, ob der Erbe den Gegenstand erhält, folgt, daß diese Wahlmöglichkeit aus dem Übernahmerecht einen Vermögensvorteil im weitesten Sinne darstellt. Da nach der einmütigen Anschauung in Literatur und Rechtsprechung für § 1939 ein Vermögensvorteil im weitesten Sinne genügt, [33] folgert die herrschende Meinung, [34] daß die Wahlmöglichkeit aus dem Übernahmerecht als Vermögensvorteil für §§ 2150, 1939 ausreiche. [35]

Letzteres bestreitet GRUNSKY. [36] Er geht davon aus, daß der erforderliche Vermögensvorteil für das Vorausvermächtnis wirtschaftlicher Art sei und eine vermögensrechtliche Besserstellung des Vorausvermächtnisnehmers verlange. Diese verneint er in all den Fällen, in denen der Übernahmepreis nicht unter dem Verkehrswert liegt, weil hier das Übernahmerecht die Vermögenslage des Bedachten nicht ändere. Die Sonderstellung des berechtigten Erben sei dann, wenn der Preis

---

32) COING, a.a.O., JZ 1962, 532; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 460.

33) EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271; KIPP-COING, a.a.O., § 57, I, S. 249; LEHMANN in STAUDINGER, § 1939, Bem. 9 ff.; SEYBOLD in STAUDINGER, Vorbem. 7 vor § 2147; KREGEL in RGRK, § 1939, Bem. 4; EHARD-EDER in SOERGEL, § 1939, Bem. 1; HENSE in ERMAN, Vorbem. 1, d vor § 2147.

34) Vgl. z. B. NATTER, a.a.O., JZ 1959, 152; COING, a.a.O., JZ 1962, 532; EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 457, 460; OGHZ 1, 161 ff.

35) Dagegen liegt der Vermögensvorteil nicht schon darin, daß durch das Übernahmerecht eine Zwangsversteigerung in den Fällen ausgeschlossen wird, in denen sich die Erben nicht einigen können; denn diese Aufgabe erfüllt jede Teilungsanordnung, ohn daß darin ein besonderer Vermögensvorteil für die Erben gesehen würde. Bei NATTER a.a.O., JZ 1959, 152, scheint diese Erwägung aber wohl eine gewisse Rolle zu spielen.

36) GRUNSKY, a.a.O., JZ 1963, 250 ff.

dem wahren Wert gleicht oder ihn übersteigt, deshalb nicht vermögensrechtlicher Art, weil der Erbe schon vorher die Möglichkeit gehabt habe, eine dem Nachlaßgegenstand entsprechende Sache zu den gleichen Bedingungen zu erwerben. Handle es sich bei dem Nachlaßgegenstand um eine unvertretbare Sache, so liege ein Mißtrauen gegen die bestehende Währungsordnung darin, den Erben, der Sachwerte erhalte, gegenüber demjenigen, der sich mit Geld begnügen müsse, als bevorzugt anzusehen.

Gegen diese Argumentation GRUNSKY's spricht, daß das Übernahmerecht im Zusammenhang mit dem Nachlaß gesehen werden muß. Deshalb kann es keine Rolle spielen, ob der Bedachte den betreffenden Gegenstand zu den gleichen Bedingungen anderswo erwerben könnte,[37] sondern allein entscheidend ist, daß er dieses Recht gegenüber der Erbengemeinschaft ohne das Übernahmerecht nicht hätte. Da der Vermögensvorteil im Übernahmerecht selbst liegt, ist es unerheblich, ob Inhalt dieses Rechts eine vertretbare oder eine unvertretbare Sache[38] ist, und ob der Übernahmepreis über oder unter dem Verkehrswert liegt, oder ob er diesem entspricht. GRUNSKY's These, daß das Wahlrecht aus dem Übernahmerecht keinen Vermögensvorteil im weitesten Sinne gewähre, vermag deshalb nicht zu überzeugen.

Aus der Feststellung, daß das Übernahmerecht stets einen Vermögensvorteil enthält, wie er für Vermächtnisse erforderlich ist, ergibt sich aber noch nicht, daß das Übernahmerecht ein Vorausvermächtnis darstellt; denn auch mit einer Teilungsanordung kann für den Erben ein Vermögensvorteil verbunden sein, solange der Erblasser nur die Quote des Erben konkretisieren, diesem aber keine neuen Zuwendungen machen will.[39]

e) Wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, ging der Gesetzgeber davon aus, daß bei einem Vermächtnis der Erblasser dem Bedachten bewußt

---

37) Es handelt sich bei dem Übernahmerecht auch nicht um das Vermächtnis eines Kaufrechts. In den Fällen, in denen dieses von der Rechtsprechung anerkannt worden ist, lag der Preis immer unter dem wahren Wert, vgl. OLG 44, 94; RFH, JW 1927, 1447; RFH, JW 1928, 3071.

38) Zu GRUNSKYs Bemerkungen über das Mißtrauen gegen die bestehende Währungsordnung, das in der Bevorzugung eines mit der Übernahme von unvertretbaren Sachen bedachten Erben liege, vgl. MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 460 f.

39) MARCUSE, a.a.O., S. 2; COING, a.a.O., JZ 1962, 533; EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 272; BGH, JZ 1962, 542.

einen Vermögensvorteil zuwendet.[40] Für das Vorausvermächtnis ist es daher entsprechend §§ 2150, 1939 erforderlich, daß der Testierende den betreffenden Erben besonders begünstigen will.[41] Da es für die Teilungsanordnung dagegen charakteristisch ist, daß der Erblasser dem Erben keine über den Erbteil hinausgehende Zuwendungen machen; ihn also nicht begünstigen will, stellt der Begünstigungswille des Erblassers ein Kriterium dar,[42] mit dessen Hilfe im Einzelfalle ein Übernahmerecht als Teilungsanordnung oder Vor-

---

40) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 461, Anm. 23, zitiert als Beweis dafür, daß auch der Gesetzgeber vom Begünstigungswillen des Erblassers ausgegangen sei, die Motive zu § 1845 Abs. 3. Die angegebene Stelle, die sich in den Motiven zu § 1845 Abs. 1, 2 bei MUGDAN, S. 73, findet, lautet vollständig: "Wenn ein solches Vorausvermächtniß angeordnet ist, so will sichtbar der Erblasser den bedachten Erben nicht ungünstiger stellen, als er an sich steht, sondern sein Wille geht dahin, der bedachte Erbe solle in Ansehung des Teils, welcher auf ihn selbst als Erbe fällt, zwar alle Rechte als Erbe behalten, zugleich aber, soweit die Eigenschaft als Vermächtnißnehmer ihm die günstigere Stellung gewährt, auch die letztere Stellung haben".
Die von MATTERN zitierte Stelle befaßt sich nur mit der in § 2150 liegenden Fiktion, über einen Begünstigungswillen des Erblassers sagt sie nichts aus. Es findet sich jedoch in den Motiven zu § 1757, bei MUGDAN, S. 5, der Beweis dafür, daß der Gesetzgeber für das Vermächtnis einen Begünstigungswillen des Erblassers für erforderlich hielt.

41) Dies ist nicht unbestritten. Die Begünstigungsabsicht verlangen z. B. COING, a.a.O., JZ 1962, 532; EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271; MATTERN, a.a.O., DNotZ 1963, 461; LANGE, a.a.O., § 27, II, 2, d, S. 261; FLAD in PLANCK, § 1939, Bem. 5; KREGEL in RGRK, § 1939, Bem. 7, während z. B. LEHMANN in STAUDINGER, § 1939, Bem. 10 und BARTHOLOMEYCZIK in ERMAN, § 1939, Bem. 4, sie ausdrücklich ablehnen.

42) Vgl. NATHAN, a.a.O., Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg 1929, S. 33 ff.; COING, a.a.O., JZ 1962, 532; EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 272; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 461; LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, e, ß, S. 586; BGHZ 36, 116 ff. = BGH, JZ 1962, 541; a. A. MARCUSE, a.a.O., S. 1 ff., unter Berufung auf § 2049, und WERTHEIM, a.a.O., § 10, S. 64, weil es Teilungsanordnungen mit Begünstigung und Vorausvermächtnisse ohne jede Begünstigung gebe.

ausvermächtnis qualifiziert werden kann. Will der Testator den Bedachten mit dem Übernahmerecht nicht besonders begünstigen, dann kann nur eine Teilungsanordnung vorliegen.[43] Soll der Berechtigte gegenüber den Miterben bevorzugt werden, dann hat das Übernahmerecht die rechtliche Natur eines Vorausvermächtnisses.

Gegen die Begünstigungsabsicht als Abgrenzungsmerkmal hat GRUNSKY zu bedenken gegeben,[44] daß es große Schwierigkeiten bereite, den Willen des Erblassers zu erforschen. Er meint, daß dessen Wille nur in den seltensten Fällen mit absoluter Sicherheit festgestellt werden könne. Diese schwerwiegende Einwendung gegen die Praktikabilität des Erblasserwillens als Kriterium hat MATTERN mit einem Hinweis auf sonstige, vom Gesetz oder der Rechtsprechung verwendete, subjektive Abgrenzungskriterien auszuräumen versucht.[45] Sein Vergleich trifft aber nicht völlig zu; denn die genannten Beispiele der §§ 516, 2113 Abs. 2 und 2205 Satz 3 unterscheiden sich von den Übernahmerechten wesentlich dadurch, daß sowohl der Schenker als auch der Vorerbe und der Testamentsvollstrecker in der Regel noch leben und selbst über ihre der streitigen Verfügung zugrundeliegende Absicht Auskunft geben können. Bei den Übernahmerechten ist jedoch derjenige, der sie errichtete, verstorben und kann nicht mehr befragt werden, was er mit der Verfügung erreichen wollte. Ein Dritter kann meist ebenfalls keine Auskunft geben; denn der Erblasser bespricht sich selten mit einem anderen, ob er den betreffenden Erben durch das Übernahmerecht bevorzugen wollte.

Trotzdem ist es möglich, zumindestens Anhaltspunkte für den Willen des Erblassers zu gewinnen und aus diesen die Absicht des Testators zu erhellen. Anders als bei der Frage, ob die Zuwendung von der Stellung des Bedachten als Erbe abhängig sein soll, pflegt des Erblasser sich über die wertmäßige Verteilung seines Nachlasses, für die er sich des Übernahmerechts bedient, Gedanken zu machen. Hatte der Verstorbene aber konkrete Vorstellungen über die wirtschaftlichen Konsequenzen des Übernahmerechts, so ist es auch in der Regel möglich, Anhaltspunkte für seinen Willen zu finden. MATTERN bestätigt von berufener

---

43) Verneint man den Begünstigungswillen als notwendiges Erfordernis des Vorausvermächtnisses, so ist es inkonsequent, ihn als Abgrenzungsmerkmal zu verwenden, vgl. aber BARTHOLOMEYCZIK in ERMAN, § 1939, Bem. 4, und HENSE in ERMAN, § 2150, Bem. 2.

44) GRUNSKY, a.a.O., JZ 1963, 252.

45) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 461 f.

Seite,[46] daß die Praxis die Schwierigkeiten, die eine nachträgliche Erforschung des Erblasserwillens mit sich bringt, bewältigt.

Die Absicht des Testators kann sich einmal aus dem Text der Verfügung selbst ergeben. So hat der Bundesgerichtshof die Vermutung aufgestellt,[47] daß ein Begünstigungswillen immer dann vorhanden sei, wenn die Verfügung Teil eines entgeltlichen Erbvertrags[48] ist. Zum anderen bietet der objektive wirtschaftliche Erfolg einen Hinweis. Dabei liegt vor allem in der Höhe des Übernahmepreises ein Indiz.[49] Braucht der Übernahmeberechtigte überhaupt keine Gegenleistung zu erbringen, so folgt daraus die Absicht des Erblassers, ihn zu begünstigen.[50] Kannte der Erblasser den wahren Wert des Gegenstandes, und hat er den Preis erheblich darunter festgesetzt, so spricht dies für seinen Begünstigungswillen. Außerdem deutet das Ergebnis der Gesamtheit aller Verfügungen des Erblassers auf dessen Willen hin.[51] Ist danach der übernahmeberechtigte Erbe wirtschaftlich besser gestellt, als es seiner Erbquote entsprechen würde, so indiziert dies den Willen des Erblassers, den Betreffenden zu bevorzugen. In keinem Fall reicht aber eine nur unwesentliche Bevorzugung des Übernahmeberechtigten alleine aus, um die Begünstigungsabsicht[52] nachzuweisen.[53] Hier müssen weitere, dem Einzelfall typische Anhaltspunkte zur Erforschung des erblasserischen Willens herangezogen werden.[54] Die Bedenken GRUNSKY's, so gewichtig sie auch sind, hindern somit die Verwendung des Begünstigungswillen als Abgrenzungskriterium nicht.

f) Ist das gefundene Ergebnis richtig, daß der rechtliche Charakter eines Übernahmerechts sich nach der Begünstigungsabsicht des Erblassers richtet, so muß es einer Prüfung am Übernahmerecht eines Landgutes in § 2049 standhalten.

---

46) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 462.
47) BGH, JZ 1962, 542.
48) Dazu mit weiteren Nachweisen EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, S. 272 f.
49) KUETGENS, a.a.O., § 3, S. 6; NATHAN, a.a.O., Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg 1929, 38.
50) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 459; BGH, JZ 1962, 541.
51) COING, a.a.O., JZ 1962, 533; MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, 462.
52) Die Begünstigungsabsicht muß derjenige beweisen, der sich auf ihr Vorliegen beruft.
53) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 462 f.
54) Vgl. dazu EHARD-EDER in SOERGEL, § 2084, Bem. 4.

Einige Autoren fassen dieses Übernahmerecht als eine gesetzliche Teilungsanordnung auf und führen dafür seine systematische Stellung im unmittelbaren Anschluß an § 2048 an.[55] Dieses Argument erscheint jedoch recht vordergründig und keineswegs zwingend. Aufgabe des § 2049 ist es, für Landgüter eine dispositive Regelung des Übernahmepreises bereitzuhalten. Da dieser Preis bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft entrichtet werden muß, gehört seine Regelung in den Abschnitt über die Auseinandersetzung. Weil der Erblasser den Preis abweichend von der Dispositivregel bestimmen kann, besteht ein Zusammenhang mit § 2048, der ebenfalls Verfügungen des Erblassers kennt, so daß es gerechtfertigt erscheint, das Übernahmerecht eines Landgutes im Anschluß an § 2048 zu regeln. Die systematische Stellung erlaubt daher keinen Schluß auf die Natur des Übernahmerechts in § 2049.

Der Gesetzgeber, der § 2049 erst in der Revisionslesung der II. Kommission einführte, hat sich ausweislich der Protokolle nur mit der Höhe des Übernahmepreises und dessen Auswirkungen befaßt.[56] Über die Rechtsnatur des Übernahmerechts für Landgüter wollte er dagegen mit dessen Plazierung hinter § 2048 nichts aussagen. § 2049 enthält daher keine gesetzliche Teilungsanordnung, sondern ist nur eine gesetzliche Auslegungsregel für den Fall, daß der Erblasser keinen Übernahmepreis festgesetzt hat.[57] Für das Übernahmerecht eines Landgutes gilt daher nichts anderes als für die sonstigen Übernahmerechte. Seine Qualifizierung hängt einzig und allein davon ab, ob der Erblasser den Übernahmeberechtigten besonders begünstigen wollte - dann handelt es sich um ein Vorausvermächtnis - , oder nicht - dann stellt die Verfügung eine Teilungsanordnung dar - .[58]

3. ÜBERNAHMEPFLICHTEN

Zur Fallgruppe der Übernahmepflichten gehören alle die Verfügungen, die von der Übernahme eines konkreten Nachlaßgegenstandes die Erbeinsetzung des Bedachten abhängig machen. Dabei soll es für die Zugehörigkeit zu dieser Fall-

---

55) STENGER, a.a.O., S. 89; STEDLER, a.a.O., § 11, S. 48, 56; MARCUSE, a.a.O., S. 2, 6, 58; WERTHEIM, a.a.O., § 10, S. 64. Auch NATTER, a.a.O., JZ 1959, 152, sieht darin eine Teilungsanordnung, die aber Vermächtnischarakter haben soll.

56) Protokolle bei MUGDAN, S. 426.

57) LEHMANN in STAUDINGER, § 2049, Bem. 1.

58) MATTERN, Einzelzuweisungen von Todes wegen, DNotZ 1963, S. 463.

gruppe gleichgültig sein, ob der Übernahmeberechtigte sich etwa den Wert des Gegenstandes anrechnen lassen, oder ob und in welcher Höhe er einen Übernahmepreis entrichten muß.

Der Erblasser will in diesen Fällen erreichen, daß der Eingesetzte einen bestimmten Nachlaßgegenstand übernimmt, und koppelt deswegen die Erbeinsetzung mit der Übernahmepflicht. Die Übernahmepflicht ist keine Auflage, weil der Übernahmepflichtige nicht unbedingt zum Erben eingesetzt und erst dann zur Übernahme verpflichtet ist, wenn er die Erbschaft angenommen hat. Es ist vielmehr so, daß die Erbeinsetzung nur wirksam sein soll, wenn der Übernahmepflicht Genüge getan wird. Die Übernahmepflicht ist daher eine gemäß §§ 2074, 2075 zulässige Bedingung der Erbeinsetzung, die im Regelfall auflösender Art sein wird. Es ist aber auch denkbar, daß der Erblasser sie als aufschiebende Bedingung gewollt hat. Im letzteren Fall muß der Gegenstand übernommen werden, ehe die Erbeinsetzung in Kraft tritt.

Bei der Übernahmepflicht frägt es sich, ob eine Charakterisierung als Vorausvermächtnis überhaupt in Frage kommen kann. Denn beim Vorausvermächtnis ist der Nehmer entsprechend §§ 2150, 2174 nur berechtigt, die Leistung zu fordern, während hier der Erbe zur Übernahme verpflichtet ist. Von einer Verpflichtung zur Übernahme kann jedoch nur im Zusammenhang mit der Erbeinsetzung gesprochen werden. Will der Verpflichtete die Erbschaft antreten, dann muß er den Nachlaßgegenstand übernehmen. Die gleiche Situation kann auch bei einem Vorausvermächtnis eintreten, wenn dessen Annahme zur Bedingung einer anderen Zuwendung gemacht worden ist, ohne daß man deshalb vom Vorausvermächtnisnehmer behaupten würde, er sei zur Forderung des Vorausvermächtnisses verpflichtet.

a) Fraglich ist, ob eine Übernahmepflicht dem Betreffenden sofort ein Forderungsrecht auf den zu übernehmenden Gegenstand gibt, oder ob dieses von einer gestaltungsrechtlichen Erklärung des Bedachten abhängig ist. Hat der Erblasser nicht die Zahlung einer Übernahmepreises festgesetzt, dann bestehen keine Bedenken dagegen, daß das Forderungsrecht bereits mit dem Erbfall entsteht.[59] Sowohl bei der Teilungsanordnung als auch beim Vorausvermächtnis entsteht der Anspruch mit dem Erbfall, so daß aus dem Zeitpunkt, in dem hier das Forderungsrecht entsteht, die Übernahmepflicht ohne Übernahmepreis weder den Teilungsanordnungen noch den Vorausvermächtnissen zugeordnet werden kann. In allen den Fällen, in denen der bedingt eingesetzte Erbe einen Übernahmepreis

59) EMMERICH, a.a.O., JuS 1962, 271; LEHMANN in STAUDINGER, § 2048, Bem. 6.

für den Nachlaßgegenstand entrichten muß, kann der Anspruch auf den Gegenstand nicht entstehen, ehe sich der Betreffende nicht zur Übernahme bereit erklärt und zur Zahlung des Preises verpflichtet hat.[60] Aus den gleichen Gründen wie beim Übernahmerecht[61] wird dadurch weder die Rechtsnatur der Teilungsanordnung noch die des Vorausvermächtnisses für die Übernahmepflichten mit Übernahmepreis indiziert.

b) Da der Übernahmepflichtige, ohne den konkreten Gegenstand zu übernehmen, die Erbschaft nicht erwerben kann, weist die Übernahmepflicht auf eine Teilungsanordnung hin. Denn bei dieser erhält der Erbe die zugewiesene Sache nur gemeinsam mit der Erbschaft. Zwischen der Übernahmepflicht und dem Vorausvermächtnis scheint dagegen keine Ähnlichkeit zu bestehen, da es bei einem Vorausvermächtnis grundsätzlich möglich ist, dieses auszuschlagen und trotzdem die Erbschaft zu erwerben oder zu behalten. Dieses Argument trifft aber nur für den Regelfall des Vorausvermächtnisses zu. Dem Erblasser steht es nämlich frei, die Annahme des Vorausvermächtnisses zur Bedingung der Erbeinsetzung zu machen. In einem solchen Fall ist die Zuwendung mit der Erbschaft ebenso verbunden, wie wenn eine Übernahmepflicht bestände. Die Koppelung der Erbenstellung mit der Übernahme eines Gegenstandes aus dem Nachlaß kann daher die betreffende Verfügung nicht eindeutig zur Teilungsanordnung stempeln.

c) Ob ein eventueller Übernahmepreis[62] angerechnet wird oder nicht, kann aus den gleichen Gründen wie beim Übernahmerecht[63] nicht als Kriterium verwendet werden.

d) Der Verpflichtete kann nur den Gegenstand und damit die Erbschaft übernehmen oder auf jede Beteiligung am Nachlaß verzichten. Die Übernahmepflicht bietet ihm nicht die Möglichkeit, zwischen zwei Wegen der Auseinandersetzung zu wählen. Deshalb enthält die Übernahmepflicht als solche noch keinen Vermögensvorteil.

---

60) Insoweit sind die Äußerungen der in Anmerkung 59 Genannten mißverständlich.

61) Siehe oben VII, 2, a, S. 79 f.

62) Ob in einem über dem Verkehrswert liegenden Übernahmepreis ein Vermächtnis zugunsten der Miterben liegen kann - vgl. CROME, a.a.O., S. 726, Anm. 146; LANGE, a.a.O., § 46, III, 4, e, S. 587; NATTER, a.a.O., JZ 1959, 152, - soll hier dahingestellt bleiben.

63) Siehe oben VII, 2, c, S. 82.

Der Vermögensvorteil muß deshalb für jede konkrete Übernahmepflicht gesondert festgestellt werden. Bekommt der Übernahmepflichtige den zugewiesenen Gegenstand ohne jeden Wertausgleich, so enthält die Übernahmepflicht zweifellos einen besonderen Vermögensvorteil für den Betreffenden. Ein objektiver Vermögensvorteil fehlt aber, wenn der Übernahmepreis oder der vom Erblasser festgesetzte, anzurechnende Wert über dem Verkehrswert liegt. Erreicht der Übernahmepreis oder der anzurechnende Wert nicht den wahren Wert des Gegenstandes, so liegt in der Differenz zwischen Preis oder anzurechnendem Wert und dem Verkehrswert ein Vermögensvorteil für den bedingt eingesetzten Erben, weil er in dieser Höhe einen Sachwert ohne Wertausgleich erhält. Um den Vermögensvorteil in Höhe dieser Differenz als Kriterium zu verwenden, braucht man nicht, wie STENGER meint, [64] die Anordnung des Erblassers in zwei Teile zu trennen und in Höhe des Wertausgleichs eine bloße Teilungsanordnung ohne jeden Vermögensvorteil und in Höhe des überschießenden Wertes eine Verfügung mit Vermögensvorteil zu sehen, die unabhängig von der anderen Verfügung qualifiziert werden müßte. Die Differenz zwischen Wertausgleich und Verkehrswert stellt vielmehr den Vermögensvorteil für die gesamte Übernahmepflicht dar. Dies folgt daraus, daß der Erblasser die Übernahmepflicht nur als einheitliche Verfügung errichten will.

Ergibt sich, daß die Übernahmepflicht keinen Vermögensvorteil für den bedingt eingesetzten Erben enthält, so kann es sich bei ihr nur um eine Teilungsanordnung handeln, weil diese im Gegensatz zum Vorausvermächtnis keinen Vermögensvorteil erfordert. Liegt in der Übernahmepflicht ein objektiver Vermögensvorteil, so ist ihre rechtliche Natur noch unbestimmt.

e) Für die Qualifikation einer Übernahmepflicht, die einen besonderen Vermögensvorteil enthält, ist aus den beim Übernahmerecht genannten Gründen [65] auf den Erblasserwillen zu rekurrieren. Wollte der Erblasser den Übernahmepflichtigen nicht besonders begünstigen, dann liegt eine Teilungsanordnung vor; [66] wollte er den Übernahmepflichtigen dagegen bevorzugen, was

---

64) Vgl. STENGER, a.a.O., S. 88 ff. Sie meint, man könne ein Vorausvermächtnis nur dann annehmen, wenn man es als doppelt bedingt dadurch ansehe, daß es von der Erbschaftsannahme abhängig sei und daß es erst bei der Erbauseinandersetzung geltend gemacht werden könne.

65) Vgl. oben VII, 2, e, S. 85 ff.

66) Ebenso WINTER, a.a.O., S. 63.

auch bei Übernahmepflichten denkbar ist, so ist ein Vorausvermächtnis gegeben.[67]

f) Wird die Übernahmepflicht im Einzelfall als Vorausvermächtnis qualifiziert, so kann der Erbe jederzeit den Anspruch aus dem Vorausvermächtnis erheben. Stellt die Übernahmepflicht dagegen eine Teilungsanordnung dar, weil sie keinen Vermögensvorteil enthält oder weil der Erblasser den Betreffenden nicht begünstigen wollte, dann wird die Forderung auf den zugewendeten Gegenstand mit dem Auseinandersetzungsanspruch realisiert, wenn die Ausübung der Übernahmepflicht zur auflösenden Bedingung der Erbeinsetzung gemacht worden war.

Schwierigkeiten entstehen, wenn die Erbeinsetzung von der Erfüllung der Übernahmepflicht aufschiebend bedingt ist. Hier wird der Verpflichtete erst Erbe, wenn er den Gegenstand übernommen hat. Solange er noch nicht Erbe ist, hat er keinen Auseinandersetzungsanspruch und kann daher mit diesem auch nicht die Forderung aus der Zuwendung geltend machen. Der Auseinandersetzungsanspruch kann ihm für seine Forderung niemals zur Verfügung stehen, da sie erloschen sein muß, ehe er diesen Anspruch erheben kann. Eine solche Übernahmepflicht nicht als Teilungsanordnung, sondern als Vorausvermächtnis zu qualifizieren, weil ihr der Auseinandersetzungsanspruch selbst nicht zur Verfügung steht, ist nicht möglich, da die essentialia eines Vorausvermächtnisses - Vermögensvorteil und/oder Begünstigungsabsicht - fehlen. Andererseits folgt daraus, daß der bedingt eingesetzte Erbe den Erbauseinandersetzungsanspruch für die Zuwendung aus der Übernahmepflicht nicht hat, auch nicht, daß ihm zur Geltendmachung der Zuwendung überhaupt kein Anspruch zur Verfügung steht. Die Übernahmepflicht begründet durch die Zuweisung eines Nachlaßgegenstandes für den Betreffenden ein subjektives Recht. Einem subjektiven Recht entspricht aber in der Regel auch ein Anspruch. Deshalb muß der Übernahmepflichtige die Übernahmepflicht mit Teilungscharakter selbständig geltend machen können. Die Zulässigkeit dieses Anspruchs beruht auf dem Willen des Erblassers. Den Anspruch selbst wird man wohl als eine Art vorweggenommenen Auseinandersetzungsanspruch qualifizieren können.

4. ZUWENDUNGEN OHNE GEGENLEISTUNG

Der Bedachte braucht bei Zuwendungen eines Nachlaßgegenstandes ohne

---

67) A. A. GRUNSKY, a.a.O., JZ 1963, 251, Anm. 15, der in jeder Übernahmepflicht eine Teilungsanordung zu sehen scheint.

Gegenleistung keinen Übernahmepreis zu entrichten. Der Testierende kann aber bestimmen, daß der Gegenstand auf den Erbteil des Bedachten angerechnet werden soll. Dabei kann der vom Erblasser festgesetzte Wert unter dem Verkehrswert des Nachlaßgegenstandes liegen oder diesen erreichen. Der Erblasser kann aber von einer Anrechnung auch völlig absehen.

a) Bei diesen Zuwendungen entsteht das Forderungsrecht auf die Zuweisung unmittelbar mit dem Erbfall. Ob der Bedachte es allerdings nur mit dem Auseinandersetzungsanspruch oder ob er es auch selbständig geltend machen kann, ergibt sich aus der Zuwendung selbst noch nicht.

b) Aus den gleichen Gründen wie beim Übernahmerecht kann als Kriterium nicht dienen, ob der Bedachte die Zuwendung nur bekommen soll, wenn er Erbe wird, oder auch unabhängig von seiner Erbenstellung. [68]

c) Zu prüfen ist, ob bei diesen Zuwendungen ohne Gegenleistung die Anrechnung ein brauchbares Kriterium abgibt. Die Gründe, die bei den Übernahmerechten und -pflichten zur Ablehnung dieses Unterscheidungsmerkmals führten, treffen hier nicht zu. Da die Zuwendung selbst angerechnet oder nicht angerechnet wird, und kein Übernahmepreis gezahlt werden muß, können zufällige Verrechnungsmodalitäten - anders als bei den beiden anderen Fallgruppen - die Anrechnung nicht beeinflussen und damit bereits ihre Verwendbarkeit in Frage stellen.

Weist der Erblasser dem Bedachten einen Gegenstand zu, ohne daß er bei der Auseinandersetzung angerechnet werden muß, so erhält der Betreffende dadurch mehr als seine Miterben und mehr als seiner Erbquote entspricht. Die Zuwendung stellt deshalb einen objektiven Vermögensvorteil für ihn dar. Muß sich der Erbe den vollen Wert des Gegenstandes auf den Erbteil anrechnen lassen, so liegt in der Zuwendung kein objektiver Vermögensvorteil, selbst wenn dem Betreffenden der Nachlaßgegenstand persönlich viel bedeutet. Zwischen diesen beiden Polen der vollständigen Anrechnung und der Nichtanrechnung erstreckt sich die Skala der Verfügungen, bei denen sich der Bedachte die Zuwendung teilweise anrechnen lassen muß. Hier braucht nicht der volle Wert der Zuwendung angerechnet zu werden. Muß der Erbe aber nicht den wahren Wert des Gegenstandes ausgleichen, so erhält er in der Höhe des überschießenden Wertes mehr als seiner Erbquote entspricht. Diese Differenz zwischen dem anzurechnenden Betrag und dem vollen Wert bedeutet einen objektiven Vermögensvorteil für

68) Vgl. oben VII, 2, b, S. 81.

den Bedachten. [69] Volle Anrechnung und Vermögensvorteil sind demnach konträr bei Zuwendungen ohne Gegenleistung.

Nur die volle Anrechnung der Zuwendung auf den Erbteil schließt demnach einen Vermögensvorteil für den betreffenden Erben völlig aus. Eine solche Verfügung ohne jeden Vermögensvorteil kann daher nur eine Teilungsanordnung sein. [70] In allen übrigen Fällen liegt in der Anordnung des Testators ein objektiver Vermögensvorteil für den Bedachten. Da aber ein Vermögensvorteil nicht nur Inhalt eines Vorausvermächtnisses, sondern auch Folge einer Teilungsanordnung sein kann, sind diese Zuwendungen, die nicht oder nur unvollständig angerechnet werden, allein durch den in ihnen enthaltenen Vermögensvorteil weder als Teilungsanordnung noch als Vorausvermächtnis charakterisiert.

d) Die Verfügungen, die einen Vermögensvorteil für den Erben enthalten, müssen am Willen des Erblassers gemessen werden, der daraufhin zu untersuchen ist, ob der Betreffende besonders begünstigt werden sollte oder nicht. Hat der Testator die Anrechnung völlig ausgeschlossen, so will er dem Erben den Gegenstand zu seinem Erbteil hinzugeben. Daraus folgt, daß der Erblasser den Erben auch besonders begünstigen will, so daß in diesen Fällen ein Vorausvermächtnis vorliegt. [71] Soll der Nachlaßgegenstand nur teilweise angerechnet werden, so liegt darin nicht ohne weiteres auch eine Begünstigungsabsicht des Erblassers. Diese muß vielmehr für jeden Einzelfall festgestellt werden. [72] Dabei ist die Höhe der Differenz zwischen anzurechnendem und vollem Wert ein Indiz dafür, ob der Betreffende bevorzugt werden sollte oder nicht. Ist die Differenz groß, und war sich der Erblasser dessen bewußt, so liegt darin ein wichtiger Hinweis, der in der Regel als Nachweis eines Begünstigungswillen ausreichen wird. Eine geringe Differenz reicht dagegen allein nicht zum Beweis einer Begünstigungsabsicht aus. Steht der Begünstigungswillen des Erblassers fest, dann stellt die Zuweisung ein Vorausvermächtnis dar; ohne diesen liegt in ihr eine Teilungsanordnung.

e) Entscheidend für die Einordnung dieser Zuweisungen ist ihre Anrechnung. Sie gibt Auskunft darüber, ob ein objektiver Vermögensvorteil vorliegt oder nicht, und läßt in manchen Fällen einen Schluß auf den Willen des Erblassers zu.

---

69) Ebenso COING, a.a.O., JZ 1962, 532.
70) Vgl. COING, a.a.O., JZ 1962, 532.
71) Vgl. COING, a.a.O., JZ 1962, 533; BGH, DNotZ 1963, 112.
72) Vgl. oben VII, 2, e, S. 85 ff.

COING sieht deshalb zwischen der Anrechnung und dem besonderen Vermögensvorteil ein Komplementärverhältnis und meint, man könne ebensogut vom einen wie vom anderen ausgehen.[73] MATTERN behauptet demgegenüber, ein solches Verhältnis bestehe nicht oder nur in einem ungenauen Sinne, weil der Anrechnungsbegriff selbst unscharf sei.[74] Er geht davon aus, daß trotz voller Anrechnung eines Gegenstandes ein Vermögensvorteil für den Bedachten darin liege, daß er den Gegenstand als Vorausvermächtnis kraft Gesetzes unabhängig von der Erbschaft annehmen und ausschlagen könne.[75] Dieses Argument MATTERN's vermag nicht zu überzeugen. Selbstverständlich kann ein Vorausvermächtnis unabhängig von der Erbschaft angenommen und ausgeschlagen werden. Daß aber ein Vorausvermächtnis vorliegt, war gerade zu beweisen.

Von einem konträren Verhältnis zwischen Anrechnung und besonderem Vermögensvorteil (COING: Komplementärverhältnis) kann man aber nur sprechen, wenn die Zuwendung voll oder überhaupt nicht angerechnet werden soll. Wird die Zuwendung teilweise angerechnet, dann ist ein solches Verhältnis nicht mehr gegeben, obwohl die beiden Teile - Anrechnung und Vermögensvorteil - vorhanden sind. Es empfiehlt sich daher nicht, die Anrechnung und den besonderen Vermögensvorteil als konträre Begriffe zu bezeichnen.

5. ZUSAMMENFASSUNG

Faßt man die Ergebnisse für die drei Fallgruppen - Übernahmerechte, Übernahmepflichten und Zuweisungen ohne Gegenleistung - zu einem Vergleich zusammen, so zeigt sich, daß bei allen drei die gleichen Kriterien verwendet werden, um die rechtliche Natur der letztwilligen Verfügungen zu bestimmen. Diese Merkmale sind der objektive Vermögensvorteil und der Erblasserwille. Zunächst müssen alle Verfügungen daraufhin untersucht werden, ob sie objektiv einen Vermögensvorteil für den Bedachten enthalten. Dieser liegt beim Übernahmerecht in diesem selbst, bei den Übernahmepflichten darin, daß

---

73) COING, a.a.O., JZ 1962, 532.
COING bezeichnet das Verhältnis von Anrechnung und besonderem Vermögensvorteil als Komplementärverhältnis. Da sich die Anrechnung und der besondere Vorteil aber nicht ergänzen, sondern einander entgegengesetzt sind, liegt hier offenbar ein Irrtum vor, und es empfiehlt sich, von einem konträren Verhältnis der beiden Begriffe zu sprechen.

74) MATTERN, a.a.O., DNotZ 1963, 459.

75) MATTERN, a.a.O., DNotZ 1963, 460.

der Übernahmepreis den Verkehrswert des Nachlaßgegenstandes nicht erreicht, und bei den Zuwendungen ohne Gegenleistung darin, daß sie nicht oder nur teilweise angerechnet werden müssen. Verfügungen, die das Kriterium des objektiven Vermögensvorteils nicht aufweisen, sind damit bereits als Teilungsanordnungen qualifiziert. Die übrigen Anordnungen müssen am (subjektiven) Begünstigungswillen des Erblassers geprüft werden. Er kann vermutet werden, wenn ein Übernahmerecht in einen entgeltlichen Erbvertrag aufgenommen worden ist, wenn bei dem Übernahmerecht und der Übernahmepflicht kein Übernahmepreis gezahlt werden muß und wenn die Zuwendung ohne Gegenleistung überhaupt nicht angerechnet werden muß. Bei den anderen Verfügungen muß im Einzelfall aus den verschiedenen Indizien der Begünstigungswille gefolgert werden. Ist er gegeben, so hat die betreffende Anordnung die rechtliche Natur eines Vorausvermächtnisses. Fehlt er, so stellt die Verfügung eine Teilungsanordnung dar.

Ergibt die Prüfung der erblasserischen Verfügung eindeutig, daß es sich um eine Teilungsanordnung handelt, so vermag eine Bezeichnung als Vorausvermächtnis oder die Bezeichnung eines Vorausvermächtnisses als Teilungsanordnung durch den Erblasser die Rechtsnatur der Anordnung nicht zu ändern. Dies folgt daraus, daß die juristische Bezeichnung einer Verfügung durch den Testator zwar ein Indiz für ihre Qualifikation, niemals aber die Rechtsnatur der Anordnung verbindlich festlegen kann. [76]

76) Vgl. SEYBOLD in STAUDINGER, Vorbem. 9, 10 vor § 2064. A. A. RGZ 160, 109 ff.; BECK, Grenzen der Teilungsanordnung, DNotZ 1961, 565 ff. (569). Er meint, wenn in einem notariellen Testament eine Verfügung als Teilungsanordnung bezeichnet werde, so könne man nicht durch Auslegung dazu gelangen, sie als Vorausvermächtnis zu qualifizieren. Aber auch ein durch einen Notar beratener Erblasser kann sich irren und mit der Bezeichnung nicht immer den rechtlichen Inhalt der Verfügung voll erfassen. Der Ansicht BECK's stehen auch Anordnungen wie diese entgegen: "Mein Sohn erhält als Teilungsanordnung (Vorausvermächtnis) ..." (aus einem notariellen Testament).

LEBENSLAUF

Am 2.8.1938 wurde ich als Tochter des Chemikers Dr. Ing. Artur Schmidt und seiner Ehefrau Dipl. Ing. Susanne geb. Holz in Geislingen/Steige geboren. Ich bin deutsche Staatsangehörige. Zur Schule ging ich in Weilheim/Teck, Kirchheim/Teck und in Bad Homburg vor der Höhe. 1957 bestand ich die Reifeprüfung am Gymnasium für Mädchen in Bad Homburg. Vom Wintersemester 1957/58 ab studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar 3 Semester an der Universität Frankfurt/Main und 6 Semester an der Universität Tübingen. Die Erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 6.6.1962 in Tübingen. Den juristischen Vorbereitungsdienst leistete ich in Baden-Württemberg und gastweise in Hessen und Frankreich ab. Am 9.7.1966 habe ich das Assessorexamen bestanden.

Ich bin verheiratet mit Professor Dr. iur. Walter Rudolf.